# JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

J. U. D. & P. P. Extr.

# USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM,

*juxta*

*Ordinem Digestorum adornatus.*

## PARS III

Libros reliquos à libro XXIIX usque ad finem pertractans.

*HALÆ MAGDEBURG.*
Sumptibus JOHANNIS JACOBI SCHÜTZII,

Typis Johannis Jacobi Krebsii, Acad. Typogr.
ANNO M DCC III.

Digitized by Google

## *Ad Lectorem.*

QUamvis maximam diligentiam adhibuerim, benevole Lector, ut præsens opusculum, quod nunc completum Tibi sisto, absque sphalmatibus prodiret, quem in finem nonnunquam tertiâ vice correctionem iteravi; nihilominus tamen scopum meum obtinere non potui, sed in revidendo & perlustrando non paucos ejusmodi generis errores irrepsisse deprehendi. Quamvis verò maximam partem leviores sint, & ab erudito Lectore facile sine mea admonitione corrigi possint, hosce duos extantiores tamen, quia sensum planè corrumpunt, hic adscribere è re visum fuit. Scilicet

In part. II. pag. 164. lin. 15. & 16. ita lege: *vel in diem, & sic confirmatio eodem modo fieri possit, quod secus est, si Magistratus ex proprio arbitrio &c.*

In ead. P. II. pag. 166. lin. ult. legendum: *l. 4. ff. de autor. & consens. Tut.* & posteà p. 167. lin. 8. *ad cit. l. 4.*

# Usus Practici Distinctionum Juridicarum, PARS III.

## LIBRI XXIIX. Digestorum TIT. I.

# Qui Testamenta facere possunt.

### DISTINCT. I.

### Inter Testamentum *publicum* & *privatum*.

USus hujus distinctionis melius cognosci non potest, quàm si requisita testamentorum duplicia, *interna* scilicet & *externa*, speciatim considerentur. Scilicet, quantum ad requisita interna attinet, *heredis institutionem* præcipuè, nulla omninò inter testamentum publicum & privatum repe-



ritur

ritur differentia. Utrumque enim tanquam inofficiosum impugnari potest, si vel Parentibus, vel liberis, vel fratribus etiam, si hisce turpis persona præfertur, legitima portio honorabili institutionis titulo non fuerit relicta. Utrumque etiam testamentum per agnationem posthumi & per aliud posterius testamentum rumpitur: utrumque per capitis diminutionem testatoris fit irritum: utrumque destitutum redditur, si heres scriptus vel non vult, vel non potest adire hereditatem, &c.

Quantum verò solennia externa concernit, testamentum publicum privato multis parasangis præferri meretur. Nec enim illud testium numerum desiderat, & sic nec eorum subscriptionem aut subsignationem, aliaque omnia, quæ in testamentis privatis exiguntur, unde cautelæ loco commendari solet, ut quis testamentum suum vel Principi offerat, vel Actis insinuet, si ad miseram illam & nimiam testamentorum privatorum diligentiam adstrictus esse nolit, *v. l. 88. §. ult. ff. de Legat. 2.* Sic quoq; testamenta judicialia non opus habent recognitione, bene tamen privata, si controversia eo nomine oriatur. Ceterùm controversias, quæ & circa testamenta publica moveri solent, fu-

sè persequitur & decidit Illustr. Dn. Stryk. *in tr. de Cautel. testam. cap. 8.* quas hîc recensere instituti nostri non est.

## DIST. II.

## Inter testamentum privatum *scriptum* & *nuncupativum*.

Solennia hîc ferè sunt eadem in utroque testamento. Quicunque testis esse nequit in testamento scripto, ille nec in nuncupativo admittitur. Testamentum scriptum actu continuo fieri debet, nuncupativum non minus. Nulla ergò diversitas admitti potest, nisi quam ipsa rei natura suppeditat, id est, in testamento nuncupativo non requiritur subscriptio & subsignatio testium, quia scriptura ibi planè non adhibetur. Ex quo simul profluit, quod in eodem nuncupativo etiam literarum imperiti ad testimonium admittantur, quod in testamento scripto secus se habet. Posses & hoc addere, quod in testamento scripto testimonium sit *nudæ solennitatis*, at verò in nuncupativo *& solennitatis & veritatis simul* *d. cit. tr. de cautel. testam. c. 15. §. 43.*

Adducunt quidem nonnulli hanc differentiam, quod Legatarius, in testamento scripto testis esse possit, non autem in nuncupativo, ex ratione, quod hîc audiat Legatarius, sibi quid legari atque adeò testimonium ejus ob interesse, quod habet, reddatur suspectum, v. Duarenus *ad tit. ff. qui testam. fasc. poss. sub rubr. de testib. in testam. idon. vers. quidam ex veteribus.* Curtius *Consil. 178.* Verum enim verò cum *§. 11. J. de testam.* eos saltem â testimonio excludat, *qui juris successores sunt,* & verò Legatarius nec in scripto nec in nuncupativo testamento talis juris successor sit, hinc ea differentia meritò rejicitur, *v. d. tract. cap. 15. §. 48.*

Sed quid sentiendum de famosa illa controversia DD, quando quidem admittunt, quod *heredis institutio relativa* in testamento scripto fieri possit, non autem in nuncupativo? Sanè, quod urgent nonnulli, nuncupationem non esse, nisi nomen heredis clarè exprimatur, & ad stabiliendam hanc sententiam suam *l. 29. C. de testam. l. 21. pr. ff. de testam.* nec non *Ordin. Notar. de A. 1512. Tit.* von Testamenten. §. aber die Form. &c. ibi: Daß der/ so das Testament machen will/ dessen/ oder deren/ so Er zu Erben haben will/ und denen Er etwas verschaffen oder verlassen will/ Nahmen

men und was Er im Testament begriffen haben wolt/ öffentlich und klärlich benenne/ adducunt; id parum ponderis habere videtur, clara enim verba hic rem non conficiunt, sed ad mentem legum est respiciendum, juxta hanc verò id quoque palam fieri dicitur, quod per relationem tale est, unde & cum nobis faciunt Everhardus *vol. 2. Consil. 43. num. 5. & 6.* Cardin. de Luca *Theatr. verit. & justit. Tr. 1. P. 1. Disc. 1.* Brunnem. *ad l. 77. ff. de hered. instit. num. 1. seq.* Imò nec à nobis recedit Illustr. Stryk. *cit. tr. cap. 16. §. 25.* quamvis cum hic testetur, sententiam contrariam communiorem esse atque receptiorem; hinc, si quis regulas prudentiæ sequi velit, meliùs facit, ut ab heredis institutione relativa in testamento nuncupativo abstineat.

## LIB. XXIIX. TIT. II. & V.

# De Liberis & posthumis & de heredibus instituendis.

### DIST. I.

### Inter Heredis institutionem *necessariam* & *voluntariam*.

P*Rior* obtinet intuitu Parentum, liberorum nec non fratrum in eo casu, si persona turpis aut levis notæ macula laborans ipsis in testamento præfertur, *l. 27. C. de inoff. testam.* *Posterior* autem intuitu reliquorum cognatorum omnium, aliarumque personarum extranearum, sive amicitiam cum testatore coluerint, sive non.

Ex quo consequitur, quod si quis Parentes, liberos, vel fratres in casu adducto heredes non instituat, quod, inquam, testamentum tunc corruat juxta dispositionem *Nov. 115. c. 3. & 4.* quod tamen de necessaria institutione quoad Legitimam solùm intelligendum est, in reliquis enim bonis liberrima facultas enumeratis personis competit, E contrario, quamvis quidam ex cognatis reliquis maxima egestate laboret: quamvis item alius quispiam summa mihi beneficia exhibuerit, aut intimam mecum amicitiam coluerit, jus tamen impugnandi testamentum meum, in quo planè præteritus est, ipsi nullum competit. Propter solam enim amoris violationem in foro humano actio non conceditur, sed potius cujusvis conscientiæ hoc relinquitur.

# LIB. XXIIX. TIT. III. & IV.

# De Injuſto, rupto, irrito facto teſtamento.

&

# De his, quæ in Teſtamentis delentur, inducuntur vel inſcribuntur.

## DIST. I.

### Inter Teſtamentum *nullum, ruptum, irritum, deſtitutum* & *inofficioſum*.

N*Ullum* vocatur teſtamentum, quando ſtatim ab initio defectus aliquis adeſt, v. g. quod teſtes ſint inhabiles: quod actus extraneus intercesserit: quod teſtator non gaudeat facultate teſtandi: quod non adſit legitima heredis inſtitutio, &c. dicitur aliàs quoque *injuſtum* & *invalidum*.

*Ruptum* eſt, quando poſt actum teſtandi legitime celebratum vel agnaſcitur poſthumus, cuius in teſtamento nulla facta eſt

mentio, idque naturaliter per generationem, aut civiliter per adoptionem, &c. vel quando testator ex intervallo contrariam suam voluntatem in alio testamento æquè legitimè condito declarat. Posses hanc appellare ruptionem *civilem*, cui adhuc addenda ruptio *physica*, quando testator non quidem aliud testamentum condit, sed tamen illud quod ab initio confecerat, lacerat, cancellat, incidit, comburit, &c.

*Irritum* dicunt, quando testator capitis diminutionem patitur, libertatem, jus civitatis aut familiæ amittendo, seu, *quando impedimentum juris supervenit*, ut DD. loqui consueverunt. Impedimentum juris enim nihil aliud est, quam amissio pristini status civilis. Per *impedimentum* facti ergò, quod capitis diminutionem non involvit, non fit irritum testamentum, v. g. si testator posteà prodigus, furiosus, &c. evadat.

*Destitutum* fit testamentum, quando heres in eo legitimè institutus vel non potest, vel non vult adire hereditatem, quia ab aditione omnia dependent. Unde ut hæc destitutio evitetur, testatores heredi scripto communiter alium substituere solent.

*Inofficiosum* denique est testamentum, si exheredatio vel non fit ob causam ingratitudinis

tudinis talem, quæ in *Nov. 115.* exprimitur: vel quando illa testamento planè non est adjecta: vel denique est adjecta quidem & ex *d. Nov.* desumta, sed tamen ab herede scripto probari nequit, id quod ex *cit. Nov. 115. c. 3 in f.* demonstratur, verbis: *sive igitur omnes* &c. & verb. *si autem hæc observata non fuerint* &c. v. Huber. *Prælect. ad instit. tit. de ex hered. liber.* §. *13. & 14.* Diss. Struv. *S. I. C. Ex. 10. th. 15.* putans, quod eo casu, *si causa plane non est adjecta*, testamentum pro nullo haberi debeat, cui tamen verba Novellæ expressè refragantur. Tunc ergò solùm nullitate laborat testamentum, *si liberi planè præteriti, aut non nominatim exheredati.* Quamvis verò Struvius suam opinionem communiter receptam esse dicat; nihilominus tamen ex adducto ipsius loco adparebit, quod propter multos dissentientes, quos allegat, nostra opinio sit æque communis.

Jam ad usum distinctionis accedimus. Scilicet testamentum si *nullum* est, per querelam nullitatis *intra 30. annos* adhuc impugnari potest; sed si *inofficiosum*, conceditur saltem *quinquennium. l. 8. §. f. ff. de inoff. testam. l. pen. §. 2. C. eod.*

*Querela inofficiosi* nondum instituta, aut præparata *ad heredes non transmittitur l. 34.*

 *& l. 36.*

*& l.36. C. eod.* si scilicet is, cui competit querela, moriatur antequam heres scriptus hereditatem adiit. Ast *querela nullitatis* etiam non præparata *ad heredes indistinctè transmittitur,* non minus ac alia remedia civilia, v. Richter *ad Auth. in Testament. num. 26. C. ad Sc. Trebell.* Illustr. Stryk. *de Catel. testam. cap. 19, §. 44.* Lauterbach *Comp. jur. tit. de inoff. testam. in f.*

Testamento ab ascendentibus & descendentibus per *querelam inofficiosi* rescisso, *Legata nihilominus debentur* & omnia reliqua capitula, v. g. tutoris datio, &c. subsistunt, *Nov. 115. c. 3.* Ast, si per *querelam nullitatis* impugnatur, omnia corruunt & sic cum principali etiam accessoria. Quotiescunque enim jus vetus hâc parte non reperitur mutatum, toties eidem meritò inhæremus, cum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis.

Testamentum *ruptum, irritum* & *destitutum* ut per remedium aliquod impugnetur, opus non est, absque imputatione enim vires suas jam amisit. Et hic etiam deficiente jure correctorio recentiori regulæ antea adductæ inhærendum, quod nempe deficiente heredis institutione ex tali testamento nec legata, aut fideicommissa debeantur.

beantur. Equidem Lauterbach *Comp. jur. h. t.* existimat, quod propter *Nov. 1.* hodiè ex testamento *destituto* nihilominus Legata solvenda sint; Verum enim verò *d. Nov.* non loqui de testamento destituto, sed de eo casu, *si heres hereditatem jam adiit & post aditionem legata exsolvere detrectat*, jam ab aliis demonstratum est, Illustr. Stryk *de success. ab intest. Diss. 1. C. 1. th. 53.* Imò ab ipso Lauterbachio *in Disp. de testamento destituto*, prout allegatur à Dn. Beyero *in Pos. ff. h. t. circ. fin.*

## DIST. II.
## Interruptionem *verbalem* & *realem*.

TErminos hujus distinctionis jam sub *dist. praeced.* explicavimus. Usus verò, ut paucis dicamus in eo consistit, quod ruptio *verbalis* nuda non sufficiat, sed nova heredis institutio cum omnibus suis solennitatibus accedere debeat, aut ad minimum lapsus decennii post factam revocationem, *v. l. 27. C. de testam.* Ast ruptio *realis* nec novam heredis institutionem, nec solennitates, nec temporis lapsum desiderat, sed statim suum effectum habet. Et hoc est, quod dicunt DD. *facta potentius operari, quam verba.*

LIB.

# LIB. XXIIX. TIT. VI.
# De vulgari & pupillari ſubſtitutione.

## DIST. I.
### Inter ſubſtitutionem *vulgarem* & *pupillarem*.

DIfferunt hæ duæ ſubſtitutionum ſpecies (1) *intuitu ipſius ſubſtituentis*. Vulgariter quilibet ſubſtituere poteſt, qui teſtamentum condit; ſed pupillariter nonniſi pater, qui filium in ſua poteſtate adhuc habet.

(2) *Intuitu illius, cui ſubſtituitur.* Vulgaris fit heredi cuicunque; ſed pupillaris nonniſi liberis impuberibus in patria poteſtate exiſtentibus.

(3) *Intuitu termini ad quem ſubſtituitur.* Vulgaris ſtatim expirat, ſi heres inſtitutus hereditatem adiit, tunc enim heredes ab inteſtato plenè ſunt excluſi & ſic teſtator ſcopum ſuum aſſecutus eſt: at pupillaris durat usque ad 14. annum, quamvis filius heres inſtitutus hereditatem reverà adierit, deinde tamen intra pubertatem deceſſerit, *v.* §. *8. & 9. J. de pupillar. ſubſtit.* DIST.

## DIST. II.

## Inter Substitutionem *pupillarem* & *quasi pupillarem.*

DE *priori* jamdum constat ex modò dictis. *Posterior*, quæ & *exemplaris* nec non *Justinianea* vocari consuevit, Lex ratione, quia ab Imp. Justiniano ad exemplum pupillaris introducta fuit,) *non requirit patriam potestatem* in substituente, sed matri quoque & Patri intuitu filii jam emancipati à Legibus conceditur, *v. l. 9. ibi: qui vel quæ C. de impub. & aliis substit.*

Deinde non fit propter ætatem impuberem, sed *quemcunq; alium defectum*, propter quem aliquis testari impeditur, v. g. furorem, prodigalitatem, &c.

In substitutione pupillari quilibet extraneus pro lubitu eligitur; ast in quasi pupillari substituendi sunt (1) *liberorum furiosorum, &c. liberi*, & (2) his deficientibus *eorum fratres atque sorores, d. l. 9.*

## DIST. III.

## Inter Substitutionem *militarem* & *vulgarem.*

IN *militari* non opus est, ut miles sibi ipsi testa-

testamentum faciat, sed hic substitutio absque institutione subsistit, quod in reliquis, imò in ipsa pupillari substitutione secus est, *l. 2. §. 1. ff. h. t.*

Secundò, miles omni heredi in casum, quô utcunque defecerit, item liberis etiam puberibus, quamdiu hoc ipsi placet, substituere potest, *l. 8. de impub. & al. substit.* Sed substitutio vulgaris eousque saltem valet, *donec adita fuerit hereditas*, & pupillaris, *donec filius impubes pubertatem attigerit*, v. Lauterbach. *ad h. t. in fin.* Et hinc esse puto, quòd DD. communiter hanc substitutionis speciem *privilegiatam* appellare consueverunt, v. Struv. *S. I. C. Exerc. 33. thes. 38.*

# Lib. XXIIX. Tit. VII.
# De Conditionibus Institutionum.

AGendum sub hoc titulo esset de differentia tum inter ipsas conditionum diversas species, tum inter conditionem & diem, conditionem & modum, & sic porrò; verùm, quoniam infra *Lib. XXXV. Tit. I.* in materia legatorum adhuc alius

alius titulus *de conditionibus & demonstrationibus, & causis & modis eorum &c.* occurrit, ſub quo hæc materia uberius tractari poteſt, quàm ſub præſenti quidem, hinc eò reſervabimus Diſtinctiones hujus tituli eorumque uſum practicum.

# LIB. XXIIX. TIT. IIX.

# De Jure deliberandi & beneficio inventarii.

## DISTINCT. I.

## Inter *inventarium* & *juratam ſpecificationem*.

DE jure quidem Romano ad confectionem inventarii plurimæ exigebantur ſolennitates juxta *l. ſ. C. de jur. delib.* v. g. ut inchoetur illa intra primum menſem & intra alios duos perficiatur, aut quoad res in remotioribus locis ſitas intra annum: ut fiat in præſentia Legatorum per Edictum vocatorum: ut ſubſcribatur inventarium confectum ab herede, vel ſi hic ſcribere neſciat, à Notario, præfixo ſigno crucis, & quæ ſunt ſimilia; Verum enim verò poſtquam Mevius *P. 2. Dec.* 356.

reſta-

testatur, omnes illas solennitates in Provinciis nostris cessare, hinc in eo saltem diversitas hodie sese exerit inter *inventarium* & *juratam specificationem*, quod *prius* à Notario adhibitis duobus testibus conficiatur & in instrumentum publicum redigatur, ubi regulariter etiam obsignatio bonorum in ipso momento mortis defuncti præmittenda est, ut præsumtio subtractionis bonorum excludatur; *posterior* autem privatim fiat ab ipso herede, quæ eapropter quoque per juramentum semper confirmari debet, cùm tamen heres ad præstandum super legitimo inventario jusjurandum regulariter adigi nequeat, nisi verosimiles defectus inventarii adsint, Mev. *P. 4. Decis. 92.* Illustr. Dn. Stryk *Cautel. Contract. Sect. 3. cap. 3.* §. 3.

Sed an jurata specificatio eundem effectum producat, qui inventario adscribitur, palmaria forsan est quæstio. In Saxonia hæc quæstio sine dubio affirmanda, quippe in qua heres, licet inventarium non confecerit, tamen ultra vires hereditarias non tenetur, Land R. *l. 1. art. 6.* Richter *Decis. 60. num. ult.* Struv. *Exerc. 33. th. 57.* Carpzov. *P. 3. C. 33. Def. 18.* Sed extra Saxoniam hoc universaliter adstrui non potest, Mevius enim *P. 2. Dec. 96.* juratæ illi specificationi non

eum

eum tribuit effectum, ne quis ultra vires hereditarias teneatur, sed hunc saltem, ut notitia bonorum exinde desumi possit. Ergò hîc ad mores cujusvis loci respiciendum & cautius sine dubio agit, qui inventarium coram Notario & testibus confici curat.

# LIB. XXIX. TIT. I.
# De Testamento Militis.

## DISTINCT. I.
## Inter Militem *in acie*, *in castris* & *in hybernis* consideratum.

MAximus hujus distinctionis usus deprehenditur in quæstione: *an & in quantum miles ab observatione solennitatum ordinariarum in testamentis exemtus sit?* Hîc enim decisio pro ratione triplicis illius considerationis variat. Scilicet, si *in acie* deprehenditur miles, (quò refero etiam eos, qui urbem obsessam vel defendunt, vel oppugnant) *tunc omnes omninò solennitates cessant*, adeò ut etiam sufficiat, licet literis sanguine rutilantibus, vel procumbens nomen heredis in arena exaraverit, *v. l. 15. C. h. t.* nec o-

pus eſt, ut duo teſtes ad hoc rogati fuerint à milite, ſed valet talis ſcriptura etiam absque omnibus teſtibus, modò de manu militis conſtet, aut, ſi teſtes ad eam probandam producuntur, fidem jam faciunt, quamvis ex improviſo ſupervenerint & militem ſcribentem viderint. Nihil enim aliud hîc requiritur, niſi ut de veritate conſtet, ad hanc verò demonſtrandam nullis ſolennitatibus opus eſt.

Si *extra aciem in caſtris* inveniuntur milites, *duo teſtes* ſemper exiguntur, quamvis teſtamentum in ſcriptis conditum fuerit.

Denique, ſi *in hybernis* ſunt milites, tunc teſtaturis de ſolennitatibus juris civilis *nihil remittitur*, prout hæc omnia videri poſſunt in *Conſt. Imper. de A. 1512.* von Morarien. *Tit.* von Teſtamenten in qua Conſtitutione Imperator ad ſequens fundamentum reſpexiſſe videtur: quod *quò propius eſt periculum, eò magis etiam remittantur ſolennitates*, & contra: *quò longius miles à periculo abeſt, eò magis ad ſolennitates obſervandas adſtringatur*, conf. Carpzov. *P. 3. C. 4. Def. 26.* Gail. *2. obſ. 118.* Richter *P. 1. Deciſ. 38. n. 10. ſeqq.*

# LIB. XXIX. TIT. II.
# De adquirenda vel omittenda hereditate.
## DIST. I.
## Inter Heredes *necessarios*, *suos & necessarios* & *voluntarios*.

N*Ecessarii* apud Romanos erant servi, qui hereditatem Dominorum inviti etiam necessariò adire cogebantur, ut ipsorum nomine potius, quam defuncti testatoris bona obærata deinde venderentur, ne defunctus injuria afficeretur, §. *1. J. quib. ex caus. manum. non lic.* §. *1. J. de hered. qual. & diff.*

Idem in *suis* quondam obtinebat, nam & hi sive velint, sive nolint, tàm ab inteſtato quàm ex testamento ex L. XII. Tabb. heredes fiebant, *§. 2. J. de hered. qual.* juxta quem §. tamen Prætor ipsis volentibus jus abstinendi dedit.

*Extranei* seu *voluntarii* hic vocantur omnes, qui nec in dominica, nec in patria testatoris potestate constituti fuerunt, §. *3. J. d. t.* Unde etiam filius emancipatus eorum nomine

nomine venit, quamvis in linea descendente deprehendatur.

Si usum distinctionis spectas, heredes *necessarii* apud nos cessantibus servis non amplius dantur. Neque etiam inter *suos* & *extraneos* hodie magna est differentia, quemadmodum enim hi hereditatem *repudiare*, ita illi ab eadem *abstinere* possunt. Hoc saltem remansit, quod in materia inofficiosi testamenti liberi sui querelam etiam non inchoatam, nec præparatam in heredes quoscunque transmittant, quia eandem *ipso jure* acquirunt, cum è contrario extranei descendentes dictam querelam in suos liberos solummodò transmittere soleant, *v. suprà tit. de rupt. irrit. fact. testam. Dist. I.* Idem in transmissione juris adeundæ hereditatis.

# LIB. XXIX. TIT. III.
# Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur & describantur.

## DISTINCT. I.
## Inter Aperturam *simplicem* & *solennem*.

*Simplex*

S*Implex* apertura eum in finem extrajudicialiter in præſentia tamen honeſtorum Virorum ſuſcipitur, ut cognoſcatur, quis ſit heres, & per conſequens ad quemnam cura funeris ſpectet, nec non quomodo ipſa ſepultura ſit perficienda, de hoc enim teſtatores plerumque ſpecialem diſpoſitionem teſtamentis ſuis inſerere ſolent. Hâc aperturâ factâ tabulæ iterum obſignandæ ad futuram aperturam ſolennem.

Fit autem *ſolennis* coram Judice citatis teſtibus ad recognoſcendam manum & ſigilla ſua, nec non heredibus & omnibus, quorum inter eſt, ut in horum præſentia recognitio ſuſcipiatur, *v. l. 45. ſeqq. ff. b. t.* Carpz. *P. 3. C. 5. Def. 24, & 25.*

Talis ſolennis apertura apud nos admodùm rara eſt, & ſic quoque exiguus hujus diſtinctionis uſus remanet.

Idem dicendum eſt de diſtinctione altera inter *aperturam* & *publicationem* ſive relationem ad Archivum, quæ in teſtamento privata fide facto requirebatur, ut tale teſtamentum pro inſtrumento publico nunc reputaretur, Lauterbach *Comp. jur. h. t.* Hodiè enim, quia teſtamenta vel in ipſis judiciis ſtatim inſinuantur, vel tamen coram

Notario & testibus conficiuntur, publica fide jam pollent, nec tali publicatione opus habent. Quod si quis per publicationem nudam prælectionem intelligere vellet, prout aliàs accipitur illud vocabulum v. g. in publicatione sentententiæ, Rotuli testium, &c. tunc quidem concedendum esset, eam adhuc hodie esse necessariam, sed tamen hôc pactô alius dicto vocabulo sensus affingeretur, quàm ex præsenti titulo illi competit, conf. Carpzov. *d. Def. 25.*

# Lib. XXIX. Tit. VII.
# De Jure Codicillorum.

## DIST. I.
## Inter *Testamentum* & *Codicillum.*

Differentia non exigua tàm intuitu substantialium *internorum*, quàm *externorum* sese hîc exserit.

Quoad *interna.* In Codicillo non habet locum *heredis institutio directa*, nec hereditatis ademtio, nec substitutio, nec heredi jam ante in testamento purè instituto conditio adscribi potest, hoc enim revera novam involveret heredis institutionem, &c. §. 2. *J. de Codicill.* Hæc omnia autem in testamento

ſtamento quin fieri poſſint, nemo eſt, qui dubitat.

Quoad *externa.* In Codicillis *quinque*, ſaltem *teſtes* requiruntur, *l. f.* §. *ult. C. de Codicill.* in teſtamentis verò *ſeptem.*

In Codicillis non opus eſt *rogatione ſolenni*, *d. l. f.* benè tamen in teſtamentis.

In Codicillis etiam *mulieres* admittuntur ad teſtimonium ferendum, non tám ex Legum diſpoſitione (argumentum enim, quod communiter ex *l. 1. pr. ff. de teſtib.* & ex *l. 20.* §. *6. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* deſumere ſolent, parùm ſtringere videtur), quam recepta DD opinione; ſed in teſtamento nullo modo mulieris teſtimonium admittitur.

In Codicillis *Legatarii teſtes eſſe non poſſunt*, quia principale negotium ad illos pertinet; in teſtamentis utique poſſunt, ob rationem illam ceſſantem, conf. §. *11. J. qui teſtam. fac. poſſ. junct.* §. *praec. 10. eod.*

In Codicillis non requiritur *ſubſignatio teſtium*, *v. d. l. f.* §. *f. in f. C. de Codicill.* benè autem in teſtamentis, ubi ſola ſubſcriptio neutiquam ſufficit.

Addi poſſunt & ſequentia: Poteſt quis *cum duobus Codicillis decedere*, § *3. J. de Codicill.* (modò non ſint ſibi invicem contrarii, tunc enim poſteriores ſolùm valent, *l. 3. C. eod.*)

 ſed

ſed duo teſtamenta non ſubſiſtunt, neque ex ſingulis hereditas pro dimidia parte acquiritur. Scilicet duo univerſalia absque contradictione non ſubſiſtunt, benè tamen duo particularia.

Codicilli *nuda voluntate contraria* revocantur, *v. pr. J. de ademt. legat.* & ne quidem quinque teſtes requiruntur, ſed duo ſufficiunt, Illuſtr. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. V. Teſtibus.* aſt verò teſtamenta per nudam contrariam voluntatem non tolluntur, ſed per novam demùm heredis inſtitutionem, aut per lapſum decennii poſt factam revocationem, *l. 27. C. de Teſtam.*

Olim quoque in Codicillis *tutor dari non poterat*, *l. 3. pr. ff. de teſtam. tutel.* benè tamen in teſtamento, & hinc ſi in Codicillis datus erat, confirmari debebat; ſed cum hodiè, prout ſupra dictum, teſtamentarii etiam confirmatione Magiſtratus indigeant, hinc illa diverſitas non amplius attendenda erit.

LIB.

# Lib. XXX. XXXI. XXXII.
# De Legatis & Fidei-commissis.

## DIST. I.
## Inter *Legata* & *Fideicommissa universalia*.

Postquam hodiè Legata & fideicommissa particularia in omnibus sibi exæquata, *v. l. 2. C. commun. legat.*) ergò saltem de usu distinctionis inter fideicommissa universalia & Legata agendum erit.

Illud autem exigui momenti est, quod Legata *per modum præcepti* (vel Legis, v. Ulpian. *fragm. tit. 24.* §. *1.*) fideicommissa universalia autem *per modum rogationis* fiant; nam & in particularibus fideicommissis aliter rogatur, & tamen hæc rogatio propterea peculiarem aliquem effectum non producit.

Ergò illud præcipuè observandum, quod in fideicommissarium *onera hereditaria pro rata transferantur*, §. 7. *J. de fideicommiss. hered.* non verò in Legatarium, quia Legatum

ſine omni onere eſt, *l. 36. ff. de legat. 2. ibi : eſt donatio.* Et ſic fideicommiſſarius *juris* ſucceſſor dici poteſt, non autem Legatarius.

Legatarius *non poteſt cogere heredem*, ut invitus adeat hereditatem, (v. quæ ſuprà in materia de teſtamento deſtituto diximus) ſed hoc fideicommiſſario permittitur in *d.* §. 7. *J. de fideicomm. hered.* adeò, ut tunc fiduciarius quartam ſuam detrahere nequeat, ſed quemadmodum nullum damnum ulterius ex hereditate ejusque occaſione ſentit ; ita quoque nullum commodum prætendere poſſit.

Denique Fideicommiſſarius quartam *Trebellianicam*, Legatarius autem *Falcidiam* detrahit, inter quæ duo quid interſit, infra ſuo loco dicetur.

## DIST. II.

## Inter Fructus futuros *reſtrictivè* & *demonſtrativè* legatos.

Tota res, quantum quidem ad conceptum ritè de hac diſtinctione formandum attinet, eò recurrit, ut videamus, an Teſtator *fructuum legatorum in una propoſitione*, & *fundi*, ex quo illi deſumendi *in altera ſeparatim* mentionem injecerit, utrum verò & fructus & fundum *in una propoſitione conjunxerit*.

*xerit.* Priori casu, v. g. si dixerit, *Titio do lego centum amphoras vini, quas ex vinea mea habebit*, fundus *demonstrativè* adjectus esse dicitur; posteriori autem, si verba ita concepta: *Titio ex vinea mea centum amphoras vini do lego*, adjectio fundi *restrictivè* facta est.

Usus in eo consistit, quod illo casu, si fundus *demonstrationis* gratia saltem adjectus fuit, quantitas legata nihilominus debeatur, quamvis in fundo adjecto ne minimum quidem natum fuerit, *l. 12. ff. de alim. legat.* quilibet enim videt, quod quia testator ab initio simpliciter dixerat: *Titio do lego centum amphoras vini*, quod, inquam, deinde demonstrationem in favorem legatarii adjecerit, ut eò citius quantitatem legatam ex certo aliquo fundo consequi posset, quis verò hoc, si ibi nihil natum, contra intentionem testatoris in Legatarii odium detorquere vellet?

Aliud si fundus *restrictivè* adjectus, tùnc enim testator præstationem legatæ quantitatis ad certum fundum restrinxit, & sic, si nihil nascitur, nihil etiam debetur: sin parum nascitur, parum etiam consequitur Legatarius, *l. 8. §. 2. ff. de legat. 2.*

Adhuc alius suppetit usus, Quando enim

fundus *restrictivè* (sive *taxativè*) adjectus, Legatarius fundum illum tacitè obligatum habet, secus si demonstrativè, ubi jure personali saltem gaudet, sed tamen in concursu creditorum in quarta classe locatur & sic omnibus chirographariis anteponitur. Quamvis verò hæc assertio, quantum quidem mihi constat, ex textibus juris non ita clarè probetur, usu tamen servatur, de quo vid. Brunnem. *Proc. Conc. Cred. Cap. 5. §. 51. num. 8.* & *§. 62.*

## DIST. III.
## Inter Jus accrescendi *heredibus* & *Legatariis* competens.

Quam maximè differunt hæ duæ species: Scilicet *Heredibus* jus accrescendi *simpliciter* & *semper* competit *immediatè ex Legis dispositione* idque ex ea ratione, quoniam aliàs portio deficientis heredis ad heredes ab intestato devolveretur, quod tamen impingeret in famosam illam *l. 7. ff. de R. J.* Ex quo simul obiter notari potest, substitutionem breviloquam, de qua loquitur Tribonianus in *§. 1. J. de vulg. subst. ibi: vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt*, hodie plane esse otiosam atque frustraneam, & illis saltem temporibus usum aliquem præstitisse,

ubi

ubi per Legem Papiam Caducariam portio deficiens ſine tali ſubſtitutione ad fiſcum deſerebatur, conf. *l. un. C. de caduc. tollend. ibique Gothofred. in not.*

Quantum verò ad *Legatarios* attinet, illis jus accreſcendi non competit, niſi *conjuncti* ſint intuitu unius ejusdemque rei, & ipſis partes reales adſcriptæ non fuerint. Ergò conjuncti non ſunt, ſi Titio ædes & Mevio centum legantur. Nec conjuncti cenſentur, ſi Titio pars fundi, quæ flumini, & Mevio ejusdem pars altera, quæ viæ proxima, eſt relicta, conf. *l. 1. pr. ff. de uſufr. accreſc.* Quod autem in Legatariis talis conjunctio neceſſariò requiritur, exinde provenit, quia ratio ante adducta ex *l. 7. ff. de R. J.* ad Legata applicari nequit, id eſt, quamvis unus ex Legatariis vel non poſſit, vel non velit rem ſibi legatam acceptare, illa tamen nihilominus ad heredes ab inteſtato non ſtatim devolvitur, ſed heredi in teſtamento ſcripto cedit. Interim, quot diverſæ conjunctionum ſint ſpecies, de eo nunc ulterius disquirendum erit.

## DIST. IV.

## Inter Conjunctionem *realem, verbalem* & *mixtam.*

REalis eſt, quando duo Legatarii *in duabus propoſitionibus* deprehenduntur, ad ean-

eandem tamen rem concurrunt, v. g. *Titio lego ædes meas, Cajo do lego ædes meas.* Hi ita denotantur o. o.

*Verbalis* dicitur, quando illi duo Legatarii *in una propositione* per conjunctionem copulativam conjunguntur adjecta voce: *æquis partibus*, v. g. *Sejo & Mevio do lego ædes meas æquis partibus*. Indicantur hoc modo o --- o.

*Mixtam* appellant, quando itidem Collegatarii in una propositione conjunguntur, ita tamen, ut verba: *æquis partibus, non sint adjecta*, v. g. *Modestino & Paulo do lego ædes meas*, v. *l. 89. ff. de legat. 3. l. 142. ff. de V. S.* Denotantur ita: o X o.

Quid ergò, *si omnes illi sex Legatarii legatas ædes acceptarent*, quæritur, quot earum partes constituantur? Ad numerum personarum hic respici non potest, alias enim sex fierent portiones, sed ita formanda est regula: *quot sunt propositiones, tot fiunt portiones*. Sed vero quatuor solummodò propositiones adsunt, ergò etiam plures portiones constitui nequeunt. Ergo *Titius* primam, *Cajus* secundam, *Sejus & Mevius* tertiam *Modestinus & Paulus* quartam portionem consequuntur.

Quid verò, *si unus ex illis sex legatariis deficiat*, quæritur, cuinam deficientis illius portio

portio accreſcat? Tota res ex hoc fundamento decidenda eſt, ut ad conjunctionem civilem, quæ inter Legatarios intercedit, reſpiciamus, quorundam enim intuitu illa arctior eſt, aliorum reſpectu autem laxior. Ergo *ſi re conjunctus deficit*, illius portio vacans omnibus reliquis accreſcit, quia ſcilicet re conjunctus cum nemine in eadem propoſitione deprehenditur & ſic omnes ipſi æquê proximi ſunt. Portio vacans iterum juxta regulam prius adductam dividitur, ut tot fiant ſubportiones, quod ſunt propoſitiones.

Quod *ſi verò verbis aut mixtim conjunctus deficit*, ipſius portio non reliquis omnibus adcreſcit, ſed ei ſolummodo, qui in eadem propoſitione per copulam ET conjunctus deprehenditur, hic enim reliquis proximior eſt, v. Lauterbach. *Comp. jur. h. t.* Præ aliis autem hanc materiam perſpicuè propoſuit Struv. *Juriſpr. Rom. Germ. for. lib. 2. Tit. 23. aphor. 19.* add. Julius Pacius *in anal. Inſt. ad §. 8. J. de legat.* Scio equidem nonnullos hic ſcrupulos movere, dum re conjunctis non jus *accreſcendi*, ſed jus *non decreſcendi* tribuunt, & quæ ſunt ejusmodi ſubtilitates aliæ; ſed in verbis ſimus faciles, modo in re conveniamus. Dubiis etiam quæ adferri poſſent,

possent contra hanc nostram doctrinam facilè ex fundamentis adductis responderi poterit.

Quæritur autem ultimo loco: *Utrum ille cui adcrescit portio deficientis, hujus etiam onus in se recipere,* (id est, an conditionem huic adscriptam expectare, vel legatum ipsi impositum præstare,) *teneatur?* Responsio ex regula ante adducta desumitur. Si deficit verbis aut mixtim conjunctus, collegatarius onus sine dubio agnoscere tenetur, quia est in eadem propositione, secus autem in re conjuncto deficiente, *v. l. un. §. 11. C. de cadus toll.*

# Lib. XXXIII. Tit. VII.

# De Instructo vel Instrumento legato.

## DIST. I.

### Inter Fundum *instructum* & *cum instrumento* legatum.

Fundus *cum instrumento* legatus nihil amplius involvit, quàm ut Legatarius ea simul cum fundo consequatur, quæ fructuum quærendorum conservando-

vandorumque causa comparata sunt, *l. 8. & l. 12. ff. h. t.* Germanicè posses vocare die Hoffwehr/ vel juxta stylum aliorum locorum die Besatzung. Fundus *instructus* autem plus comprehendit, nempe ea, quæ Paterfam. usus & ornamenti gratiâ ibi habuit, den Haußrath/ die Mobilien/ quò & vestes pertinent, & bibliotheca & id genus alia, non verò, quæ custodiæ saltem causâ in fundo fuerunt, *v. d. l. 12. §. 27. 28. seqq. ff. eod.*

Illud quoque notabile est, quod particula: *cum*, nec non particula: *&*, maximam diversitatem involvat, si instrumento legato adjiciatur, Scilicet, si ita dixit Testator: *Fundum cum instrumento do lego*, instrumentum loco accessorii habetur & per consequens, si funcus interiit, illud non debetur. At si verba legati ita concepta: *Fundum & instrumentum do lego*, utrumque tanquam principale consideratur, & hinc licet unum interiisset, alterum tamen nihilominus adhuc debetur, *v. l. 5. ff. b. t.* ubi quidem Labeonis sententia ab opinione Pauli recedere videtur, Labeo tamen Pauli sententiam deinde haud obscurè adprobat. Posset hinc decisio sumi, si quis ita dixisset: Er vermache Cajo sein Pferd nebst Sattel und Zaum/ vel si

 hisce

hiscè formalibus usus esset: Er vermache ihm das Pferd wie auch Sattel und Zaum.

# LIB. XXXIV. TIT. I.
# De Alimentis & Cibariis legatis.

## DIST. I.
### Inter Legatum *alimentorum* & *cibariorum*.

C*ibariis* (vel *diariis*) relictis neque habitationem, neque vestiarium, neque calciarium deberi palàm est, quoniam de cibo tantum sensit testator. Ita pronunciat Ulpianus in *l. 21. ff. h. t.* (Pandectæ tamen Haloandrinæ pro *calciarium* rectè legunt *calcearium*) sub nomine *alimentorum* verò hæc tria comprehenduntur: *cibaria, vestitus* & *habitatio*, quia sine his corpus ali non potest, prout hoc definit Javolenus *in l. 6. ff. h. t.* Unde legatum alimentorum pinguius est, quam *cibariorum*. Germanicè Cibarium commodè exprimeretur per vocem: die freye Kost/ alimenta verò per vocabulum: die völlige Unterhaltung.

DIST.

DIST. II.

### Inter Alimenta *ex Lege* & *ex propria voluntate* præstanda.

P*Riori* casu, quando v. g. Pater ad alimenta liberis suppetanda immediatè ex Legis dispositione obligatur, sub vocabulo alimentorum etiam sumtus studiorum comprehenduntur, *arg. l. 6. §. 5. ff. de Carbon. Edict.* Gothofred. *ad l. 4. ff. ubi pupill. educ. deb. posteriori* secus est, *l. 6. ff. de alim. vel cibar. legat.* ibique Gothofred. Colerus *de aliment. lib. 2. c. 1. n. 10.* Surdus *de aliment. tit. 4. qu. 6. num. 4.* medicamenta tamen, lectus & stramenta, pro ratione personæ etiam vectura, nec non ligna, nomine alimentorum ubique veniunt, conf. Brunnem. *ad l. 6. ff. h. t.*

## LIB. XXXIV. TIT. II.

# De Auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis & statuis legatis.

NOn opus esse existimo, ut pro ratione instituti mei singulas hasce

 spe-

ſpecies percurram, & quid ſub iisdem comprehendatur, fusè explicem, illud enim facilè patet, veſtitum noſtrum ab eo, qui quondam Romanis in uſu erat, toto cœlo diverſum eſſe & ſic deſcriptionem ejusdem uſum aliquem nobis præſtare non poſſe. Species ad Geradam pertinentes recenſent Hartm. Piſtor. *lib. 1. qu. 32. poſt num. 10.* Goldbeck *de Gerada cap. 2. n. 24.* Finckelth. *Obſ. 81. num. 56.* Sed & hic ex evolutione patebit, nonnullas ſpecies apud nos non amplius in uſu eſſe, quia Germanorum ornamenta & veſtimenta tàm ſæpisſimè mutantur. Quod ſi ergò à temporibus præcedentibus ad præſentia Germanorum non valet argumentum, quantò minùs ad Romanorum ævum recurri poterit.

# LIB. XXXV. TIT. I.

# De Conditionibus & demonſtrationibus & cauſis & modis eorum, quæ in teſtamento ſcribuntur.

## DIST. I.

### Inter Conditionem *expreſſam* & *tacitam*.

*Expreſſa*

Expressa vocatur, quæ aliàs ex natura rei non adest, sed de novo adjicitur, v.g. *si servum suum manumiserit: si navis ex Asia redierit*, &c. *Tacita* autem, quæ jam sine speciali adjectione subintelligitur, v.g. in legato fructuum futurorum, *si aliquid in fundo natum fuerit*.

Usus in eo consistit, quod prior *suspendat obligationem* & sic legatarius ea pendente decedens ad heredes suos nihil transmittat, quia dies nondum cessit, *l.5. §. 2. ff. quand. dies legat.* (aliud in contractibus, §. *4. J. de V. O.* de quibus tamen jam non est sermo.) Posterior *executionem* solùm *suspendit*, unde licet legatarius ante messem, vindemiam, &c. moriatur, ejus tamen heredes nihilominus omne id, quod in vinea vel alio fundo natum fuerit, consequuntur, *l.99. ff. de condit. & demonstrat.*

## DIST. II.
## Inter Conditionem *potestativam* & *casualem*.

IN *potestativa* eventus conditionis principaliter ab arbitrio ejus dependet, cui adscripta est, v.g. *si servum suum manumiserit,*

*si Cajo centum dederit, &c. v. l. un. §. 7. C. de caduc. toll.* at in *casuali* ejusdem arbitrio nihil omninò est relictum, sed omnia à casu, ut Gentiles loquebantur, vel stylo Christiano, à directione & providentia divina proveniunt, v. g. *si navis ex Asia redierit*, &c.

Usus in duobus præcipuè consistit. (1) *Potestiva* quidem filio quoad bona ultra legitimam (Legitima enim ipsa nullum planè gravamen admittit) adscribi potest, non verò *casualis*, *l. 4. pr. ff. de hered. instit.*

(2) *Casualis* quandocunque impleatur, nihil interest, *potestativa* autem tantum post mortem testatoris est adimplenda, *l. 2. ff. de cond. & demonstr.* antea enim nondum constat de perseverante testatoris voluntate, & sic ante mortem impleta, adhuc semel est adimplenda. Exceptio est, nisi conditio non sit iterabilis, v. g. *si Cajam duxerit, l. 10. pr. ff. eod.*

## DIST. III.

## Inter Conditionem *potestativam* & *mixtam*.

HAsce duas species ita à se invicem communiter distinguunt, quod in *potestativa* eventus conditionis ab ejus solius arbitrio dependeat, cui ejusmodi conditio adscripta fuit,

fuit, *v. Dist. praeced.* Sed verò in *mixta* cum tali arbitrio etiam casus fortuitus concurrat & ab hisce duobus dependeat ejusdem existentia, v. g. *si Meviam in uxorem duxerit*, ubi scilicet incertum est, utrum Mevia petitioni meæ locum sit concessura.

Hic ante omnia notandum est, quod adlata distinctio in Digestis non occurrat, sed potestativa & casualis ibi saltem sub nomine conditionum *promiscuarum* & *non promiscuarum* sibi invicem opponi soleant, *v. l. 11. ff. de cond. & demonstr.* Origo ejus itaque ex Codice repeti debet & quidem ex *l. un.* §. 7. *C. de caduc. toll.*

Verum enim verò si dicendum quod res est, nulla unquam datur conditio potestativa, quæ purè talis sit, & quæ non aliquid admixtum habeat, quod à casu & eventu incerto dependet. Nam & in illa conditione: *Si Titio decem dederis*, Titii voluntas libera concurrit, cum forsan recusare Titius pecuniam, vel jam mortuus esse possit eo tempore, quo pecunia ipsi est offerenda, conf. omninò *l. 4. §. 1. ff. de hered. instit.* Idem de reliquis communiter adferri solitis statuendum, v. g. *si Titius Alexandriam pervenerit, heres esto*, item *si Capitolium adscenderit.* &c. quod fusè persequitur Exc. Thomasius

*Differt. Lipf. de Filio, fub cond. fi fe fil. probav. inftit. Cap. 2. §. 18. 19. 20.*

*Ex* quo confequitur, quod conditio poteftativa & mixta, *quatenus ab initio confiderantur & in fpe adhuc exiftunt*, reverà ab invicem non fint diftinctæ, & fic quoque præfens diftinctio ufum aliquem præftare non poffit. Prædicata fiquidem conditionis poteftativæ ad mixtam quoque quadrant tàm affirmativè, quàm negativè. Differentia tamen theoretica admitti poteft *refpectu exiftentiæ* utriusque conditionis. Vel enim *cafus* (fub quo etiam factum alterius comprehenditur) *impediit eum*, qui conditionem ejusmodi adimplere voluit, vel *non impediit. Priori* cafu *mixta* vocari poffet, quæ à *cafuali* in eo eft diftincta, quia in mixta cafus evenit ex accidenti, in cafuali autem ab initio ftatim neceffariò comprehenfus fuit. *Pofterior* autem propter deficientiam cafus fimpliciter *poteftativa* appellabitur. Sed ut dixi, hæc theoretica faltem funt & *ratione facultatis difponendi* differentiam aliquam nullatenus inducunt, unde eadem in hunc folummodo finem, ut Tribonianum, Autorem præfentis diftinctionis quadantenus excufaret, adducta funt ab alleg. Dn. Thomafio *d. c. 2. §. 22.*

Scio-

Scio quidem nonnullos distinctionis usum circa quæstionem de impedimento adimplendæ conditionis, an scilicet illa *ex facto hominis*, an *à casu* proveniat, ostendere voluisse, ad conciliandos textus, qui in ff. sibi è diametro in hac materia obstare videntur; sed cùm Pandectæ mixtam conditionem ignorent, non video, quomodo hoc congruè fieri queat. Ipsam veterum JCtorum dissensionem hac parte in ff. occurrentem examinavit & ostendit cit. Dn. Thomasius *d. c. 2.* §. *25. seqq.*

## DIST. IV.

## Inter Conditionem *possibilem* & *impossibilem*.

PRior & testamentis & contractibus adjecta actum suspendit, ita tamen, ut in contractibus perinde sit, sive vivo contrahente, sive eo mortuo existat, nam effectus pactorum ad heredes indistinctè pertinet, *v.* §. *4. J. de V. O.* testamentis verò adjecta vivo eo, cui adscripta fuit, existat, necessum est, aliàs enim quia dies nec cessit, nec venit, ad heredes nihil transmittitur, *v. Dist. I. h. t.*

*Posterior* contractibus iterum validè adjicitur eosque vitiat juxta vulgatum Logicorum canonem, quod conditio impossibili vim negandi habeat, v. §. *10. J. de inut. stipul.*

mentis pro non adjecta habetur & sic vitiatur. Unde turpis conditio sub appellatione impossibilis communiter venire, & hæc in eam, quæ *facto*, & quæ *jure* talis est, dispescisolet. Priorem non *possumus*, posteriorem non *debemus* implere. *v. l. 14. & 15. ff. de condit. instit.* in qua ultima Papinianus dicit: *quod quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt; nec facere nos posse credendum est.*

Quod si verò *negativè* exprimuntur dictæ conditiones, in materia contractuum adhuc superest usus aliquis. Quid enim si centum promiserim sub hac conditione: *si Cajum non occiderit, si furtum non fecerit, &c.* atque alter promissionem meam sub eadem conditione acceptaverit? Nihil consequetur, *arg. l. 61. ff. de V. O. l. 7. §. 3. ff. de pact.* gratis enim debebat hoc alter intermittere, neutiquam verò propterea lucrum aliquod acceptare, unde si quid ex tali promissione solutum tanquam indebitum iterùm repeti potest, *l. 4. §. 2. ff. de condict. ob turp. caus.*

Dico in materia *contractuum*. Nam in *testamentis* nunquam vitiatur heredis institutio, sive turpis conditio affirmativa, sive negativa fuerit. Ratio, quia heres vel Le-

gata-

gatarius præsens non est, nec promissionem testatoris acceptat, & sic ex ejus acceptatione, quæ non facta est, turpitudo aliqua deduci nequit.

Hæc de conditione *turpi*. Quod verò *impossibilem naturâ* attinet, ea si *negativè* sit concepta, sive contractibus, sive testamentis adjiciatur, nunquam vitiat negotium, sed ubique detrahitur §. *11. J. de inutil. stipul.* secus, si *affirmativè*, de quo ad *dist. praced.* paulò ante egimus.

## DIST. VI.

## Inter Conditionem *impossibilem* & *difficilem*.

PRior, vocatur, quæ toti humano generi in universum considerato omnibusque & singulis ejusdem individuis impossibilis est; *posterior*, quæ à certis saltem individuis præstari nequit, *v. g. si Titius eo momento, quo me ipsum heredem instituisse comperit, Cajo mille thaleros exsolverit.*

Quid circa *priorem* juris sit, hactenus aliquoties dictum fuit. *Posterior* autem, non solùm in contractibus, sed in ipsis etiam ultimis voluntatibus adimplenda est, si quis effectu dispositionis testatoris perfrui desideret,

deret, *l.4.* §.*1.ff. de stat. liber.* ita Paulus. Sed Ulpianus in omnia alia abit in *l.6.ff. de condit. instit.* *Si quis ita institutus sit*, inquit, *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset; cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere, quasi impossibilem.* Quid ergò faciemus cum Paulo & Ulpiano? Paulum de stricto jure, Ulpianum autem de æquitate intelligendum esse putat Dn. Thomasius *cit. Disp. de filio, sub cond. si se fil. prob. inst. c.2.* §.*14.* Alii *d.l.6.* de eo casu intelligunt, si testator credidit, conditionem esse impossibilem, id est, monumentum intra præfixum triduum ob concurrentes circumstantias, ab herede perfici non posse, *l.4.* §.*1.ff. de stat.lib.* autem de eo, si testator adscriptam conditionem facilè impleri posse existimaverit, v. Zœsius *ad tit. ff. de cond. instit. num.3.* conf. Illustr. Stryk *in not. ad Lauterb. d. tit. verb. per accidens.* Sanè, si tales interpretationes admittere nolis, vix est, quin antinomiam statuere cogaris. Sit cuilibet salvum judicium suum.

## DIST. VII.
## Inter conditionem *faciendi* & *non faciendi.*

Con-

CONditio *faciendi*, v. g. *si Titius Cajo ædificium exstruxerit, heres esto*, Legatum tamdiu suspendit, donec Titius factum injunctum reverâ præstiterit prout hoc ex natura conditionum possibilium jam patet: ast conditio *non faciendi* (quæ etiam *contraria* vocatur) non suspendit, sed Legatum, vel hereditas hoc modo relicta: *si Dresdam non iverit*, statim debetur, modò tamen persona honorata cautionem Mutianam præstet, se rem acceptam iterum restituturam esse, si conditioni adscriptæ contravenerit, *l. 7. l. 18. t. l. 73. ff. de cond. & demonstr.*

Supponitur autem, talem esse conditionem non faciendi, quæ ante personæ honoratæ mortem existere non possit, qualis erat, quam modò adduxi; Nam si ita dixerit testator: Titius heres esto, *si ab Uxore sua non diverterit*, expectandus est eventus, quia quamprimum moritur uxor Titii, statim certum est, conditionem existere amplius non posse, unde tunc Cautioni Mutianæ locus non est, *l. 101. § 3. ff. d. t.*

## DIST. IIX.

## Inter conditionem *claram* & *perplexam*.

CLara interdum suspendit & evertit ultimam voluntatem, interdum non, prout

ut juxta hactenus adlata vel possibilis est, vel impossibilis: sed *perplexa* dispositionem semper vitiat. Unde si testator ita scripsit: *si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto*, Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non possit, referente Marciano in *l. 18. ff. de cond. instit.* Equidem Exc. Thomasius jamdum ostendit in der Ausübung der Vernunfft-Lehre *cap. 3. §. 78.* quod juxta principia genuina interpretandi adducta verba institutionis ad perplexa non pertineant, sed hunc potius sensum ex præsumta Testatoris voluntate habeant, quod uterque & Titius & Sejus heres esse debeat; verum in praxi sine dubio adhuc juxta subtilitatem Romanam pronunciabitur.

## DIST. IX.

### Inter *Conditionem* & *diem*.

Differunt hæc duo ratione quæstionis: *an?* scilicet *in Conditione* planè incertum est, *an extiturum sit illud*, quod promissioni adjectum, v. g. an navis ex Asia sit reditura, an Titius Cajam ducturus, an servum suum sit manumissurus, & quæ sunt ejusmodi plura alia. At verò *in die* hæc quæstio certa est.

Usus

Usus in transmissione Legatorum & hereditatum sese exerit. Scilicet si Legatarius pendente conditione moritur, nihil ad heredes transmittit quia dies nondum cessit, *v. Dist. I. & IV. h. t.* at si ante adventum diei moritur, tunc interdum transmittit, interdum, non prout hoc ex sequenti diei subdivisione melius patebit.

## DIST. X.

### Inter diem *certum* & *incertum*.

Hic ulterius differentia intuitu quæstionis: *quando?* deprehenditur. Si enim hæc certa est, v.g. si dicam, *Titio do lego centum, elapso primo post mortem meam anno*, tunc *dies* quoque *certus* vocatur; sin verò illa certitudinem non habet, v.g. *Titio do lego centum, cum Sempronius morietur*, tunc exinde *dies incertus* nominari consvevit.

Usus hic est. Quotiescunque dies certus ultimis voluntatibus adjicitur, tunc nondum quidem venit dies, sed cessit tamen, & ergò licet persona honorata ante diei adventum moriatur, jus suum nihilominus ad heredes transmittit, *l. 213. ff. de V. S.* quia defunctus *certò scivit*, se Legatum vel hereditatem aliquando esse consecuturum. At si dies incertus adest, nec cedit, nec venit

dies

dies, ante diei adventum. Unde si in exemplo adducto Titius, tanquam Legatarius, ante Sempronium diem obiret supremum, ejus heredes postmodum mortuo etiam Sempronio nihil consequi possent, Titius enim, quamdiu vixit, *nondum certo scivit*, an superviveret Sempronium, annon, *v. l. 4. pr. ff. quand. dies legat.*

Nomen *diei incerti* quidem & tunc interdum in Legibus usurpatur, quando utraque quæstio: *an* & *quando* incerta est, v. g. *cum magistratum inierit &c. v. l. 21. ff. d. t.* item, quando quæstio *quando?* certa est, non autem quæstio præjudicialis: *an? d. l. 21.* Verum hic vocabulum diei incerti aliquanto abusivè accipitur, reverà enim hic conditio subest, quod ipsi agnoscunt DD. v. Gail. *2. Obs. 132. num. 1.* Carpzov. *P. 3. C. 13. Def. 25.* Struv. *Jurispr. Rom. Germ. lib. 2. Tit. 24. aphor. 24.* Ergò hic idem applicandum, quod de conditionibus paulò ante dictum fuit.

## DIST. XI.
## Inter *Conditionem* & *Modum*,

*Conditionem* suspendere effectum promissionis, sive inter vivos illa facta fuerit, sive in ultimis voluntatibus, jam aliquoties diximus. At in *modo* adjecto secus est.

Sive enim ille sit *affirmativus*, e.g. *do lego centum, ut Cajam ducat;* sive *negativus, ne Cajam ducat*, res promissa statim peti potest, modò de adimpletione idonea cautio præstetur, *v. l. 40. §. f. ff. h. t.* (quæ tamen cum cautione *Mutiana* confundi non debet, de qua sub *Dist. VII. h. t.* diximus,) Quod si tamen modus præscriptus non adimpleatur, res sub spe futuri implementi data sine dubio iterum repetitur per Condictionem causa data causa non secuta.

Sed hic iterum non leve discrimen deprehenditur. Quod si enim res sub conditione promissa pendente illa conditione tradita fuerit, deficiente posteà conditione vindicari iterum potest, quæ vindicatio adversus quemcunque possessorem rectè instituitur, conf. *l. 8. pr. de peric. & comm. rei vend.* Verum per traditionem sub spe adimplendi modi factam dominium reverà transfertur & sic danti nihil præter dictam condictionem remanet, quæ tanquam actio personalis non adversus tertium possessorem, sed adversus solum accipientem instituí potest, prout ad *tit. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* à DD. exponi solet, v. Struv. *Exerc. 18. th. 17.*



by Google

## DIST. XII.

## Inter *Causam* & *Demonstrationem*.

HÆc duo theoreticè quidem differunt, non autem quoad effectum. Discrimen theoreticum in hoc consistit: *demonstratio* pertinet ad circumstantias externas, quæ eapropter exprimi solent, ut vel persona Legatarii, vel res promissa eò melius ab aliis separari possit, v.g. *Titio, hujus urbis consuli, do lego centum,* (hic demonstratio adjecta est personæ Legatarii,) aut: *Titio do lego ædes meas, quas Cajus mihi nuper donavit*, (hic adjecta est rei legatæ.)

*Causa* autem denotat causam impulsivam, quæ movit promittentem ad hereditatem relinquendam, vel legatum constituendum, v. g. *Titio do lego centum, quia mea negotia expedivit.*

In effectu & causa & demonstratio idem prædicatum habent. Falsa causa non vitiat Legatum, nec falsa demonstratio, *l.17.* §. *2.ff. h.t.* Ratio legandi legato non cohæret, inquit Papinianus in *l. 72.* §. *6. ff. eod.* id est, Legata non requirunt præexistentem causam & sic de qualitate hujus, an vera sit, an falsa, disputare superfluum foret. Demonstrationes quoque non impulerunt testatorem

ad relinquendum Legatum, sed sunt merum accidens, quod adesse vel abesse potest salvo nihilominus Legato.

Hæc *in dubio* ita sese habent. Quod si enim heredes liquido probare possent, Testatorem legatum nunquam constituisse, si falsitatem causæ adjectæ scivisset, tunc sine dubio falsa causa legato oberit *d. l. 72. §. 6. h. t.* aut si causa per modum conditionis concepta, v. g. *Titio do lego centum, si, ut fertur, negotia mea gessit, l. 17. §. 3. ff. h. t.*

# LIB. XXXV. TIT. II.
# Ad Legem Falcidiam.
# LIB. XXXVI. TIT. I.
# Ad SCtum Trebellianum.

## DIST. I.
## Inter Quartam *Falcidiam* & *Trebellianicam.*

THeoreticè ita differunt. Quarta *Faclidia* deducitur ab herede n Legatis & fideicommissis particu-

ticularibus, utpote quæ Legatis & hac parte ſunt exæquata, *v. pr. J. de Leg. Falcid. Trebellianica* autem in fideicommiſſis univerſalibus, *l. 1. §. 5. ff. ad SC. Trebell.*

Uſus autem in eo conſiſtit: In Quartam *Falcidiam* ea ſolummodo imputantur, quæ quis titulo heredis a defuncto teſtatore accepit, non autem quæ Legatorum nomine habet, aut quæ per donationem mortis cauſa accepit, *l. 74. l. 91. ff. ad L. Falcid.* Sed è contrario etiam onera hereditaria ſolus ferre cogitur, quia Legatarii tale quid non agnoſcunt, legatum enim ſine onere eſt. In Quartam *Trebellianicam* omnia imputantur, ſive titulo hereditario, ſive legati, ſive donationis m. c. ſive quocunque alio penes heredem deprehendantur *d. l. 91. ad L. Falcid.* ipſe verò onera hereditaria non ſolus in ſe recipit, ſed pro rata portione in fideicommiſſarium transfert, *§. 7. J. de fideic. heeedit.*

Quamvis vero in LL. non raro vocabulum Quartæ Falcidiæ de Trebellianica prædicetur, *v. l. 86. ff. ad L. Falcid.* aliosque textus à Lauterbachio *ad tit. ad SC. Trebell.* adductos; tunc tamen illud vocabulum paulò abuſivè capitur, qui ſignificatus ad nos in præſenti non pertinet, ſed ſtrictus potius, juxta quem utraque Quarta ſibi communiter in LL. opponitur. D 3 Ce-

Ceterum, ex quibus causis cessat Falcidiæ detractio, ex illis quoque Trebellianicæ, v. g. ob prohibitionem testatoris, omissionem inventarii, favorem piæ causæ, &c.

Hoc tamen adhuc notandum, quod ad Quartam *Falcidiam* petendam detur rei vindicatio, *l. 26. pr. ff. ad Leg. Falcid.* quia heres pro rata Quartæ suæ dominium ipso jure in rebus hereditariis quibuscunque consequitur. Ast talis vindicatio intuitu *Trebellianicæ* non competit, sed solum extraordinaria rei persecutio juxta *l. 178.* §. *2. ff. de V. S.* Dominium enim rerum ad fideicommissum spectantium ante restitutionem à fiduciario factam in fideicommissarium neutiquam transit.

# Lib. XXXVI. Tit. II. Quando Dies Legatorum vel Fideicommissorum cedat.

## DIST. I. Inter *Cedere* & *venire* diem.

C*Edere* tunc dicitur dies, quando Legatarius vel Fideicommissarius *certo scit,*

*to scit*, se Legatum vel fideicommissum *aliquando esse consecuturum : Venire* autem, quando non solum de hoc certus est, sed simul etiam *in præsenti* rem illam legatam *petere valet.*

Ex quo statim profluit, quod legatarius, si ante mortem ejus dies legati cessit, illud ad heredes transmittat, quamvis dies ipso vivente nondum venerit & sic possessionem rei legatæ non habuerit, ad hoc enim in præsenti materia non respicitur, *v. l. 5. pr. ff. h. t.*

Sed à quonam tempore *cedit* & à quonam *venit* dies Legati? Resp. In Legato *puro* & cedit & venit dies statim à tempore mortis, *l. 5. §. 1. ff. h. t.* nisi sit personale, v. g. Ususfructus, de quo suo loco diximus. In Legato *conditionali* nec cedit nec venit dies pendente conditione, sed tantum spes est fore, ut aliquando hoc fiat, *l. 41. ff. de cond. & l. 5. §. 2. h. t.* quamprimum autem existit conditio, dies simul & cedit & venit. In Legato *in diem certum*, v. g. elapso anno primo post mortem meam, dies statim quidem cessit, sed nondum venit, *l. 1. §. 2. ff. de cond. & demonstr. l. 5. §. 1. ff. h. t.* In Legato *in diem incertum*, v. g. Titio do lego, cum Cajus morietur, idem juris, quod in conditione, *d. l. 1. §. 2. ff. de cond. & demonstr.* id est, nec cedit,

nec venit dies, nisi postquam Cajus mortuus est, add. *l. 213. ff. de V. S.* ubi hæc omnia in compendio exhibentur. Notandum tamen adhuc, quod dies incertus tunc dicatur, *si illi personæ tertii adjectus est*, ut in adducto exemplo factum; Quod si enim *personæ ipsius testatoris* sit adjectus, v. g. cum moriar, centum do lego, tunc legatum purum est & dies statim cedit & venit à tempore mortis testatoris, *v. l. 18. §. 1. ff. de manum. testam.*

# LIB. XXXVII. TIT. I.
# De Bonorum Possessione.
## DIST. I.
### Inter *Hereditatem* & *Bonorum possessionem*.

Differunt hæc duo præcipuè *ratione causæ efficientis*, hereditas enim *ex jure civili* provenit, bonorum possessio autem *à Prætore* demum est introducta, emendandi utplurimum juris civilis gratia, prout in *pr. J. de bon. possess.* dicitur. Prætor enim id semper agebat, ut ubi jus civile vetus plerumque ob subtilitatem suam deficere videbat, ipse hunc defectum suppleret, vel ipsum quoque jus cor-

corrigebat atque abrogabat, non tamen apertè, sed tectè, quia potestate Legislatoria non pollebat. Idem in præsenti deprehenditur. Bonorum enim possessio reverà nihil aliud est, quàm hereditas Prætoria, sed quoniam hereditates ex iure civili propriè sic dicto proveniebant, Prætor ab illo vocabulo abstinebat, vocem bonorum possessionis in ejus locum substituens.

Posses & hoc addere, quod differentia aliqua *intuitu modi acquirendi* adsit. Hereditas scilicet solo animo aditur, verbis vel factis declarato, idque sive in judicio fiat, sive extra illud, perinde est: ast bonorum possessio voluntatis declarationem judicialem requirit, *l. 9. C. qui admitt. ad bon. possess. poss.*

Hereditatis aditio non potest per Procuratorem fieri, quia eô ipsô, dum Procuratori demandatur aditio, eadem jam est facta & Procuratori aliquid ulterius expediendum non est relictum, *l. 26. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ast bonorum possessionis acceptatio per Procuratorem rectè expeditur, *l. 3. §. 7. ff. h. t.* quamvis enim ego hic mandaverim, ut Procurator meo nomine acceptet, eô ipsô tamen integrum negotium nondum est absolutum, sed quod ego extra judicium mandavi, Procurator deinde in judicio ulterius perficere tenetur. D 5 He-

Hereditatem, si Creditores non urgeant, adhuc intra 30. annos adire licet, tamdiu enim durat hereditatis petitio: at bonorum possessio est agnoscenda à parentibus & liberis intra annum, à reliquis verò intra centum dies, §. 4. *in fin. J. b. t.*

Ceterum ratione effectus, ut DD. fatentur, nihil inter utramque hereditatis speciem interest, unde Paulus aliàs admodum subtilis fateri cogitur in *l. 138. ff. de V. S.* quod hereditatis appellatione bonorum quoque possessio contineatur. Et quemadmodum hereditas describitur in *l. 24. ff. de V. S.* quod sit *successio in universum jus, quod defunctus habuit;* ita quoque bonorum possessionis descriptio hæc est in *l. 3. §. 2. ff. b. t.* quod sit *jus persequendi, retinendique patrimonii, quod cujusque cum moritur fuit*, ubi quidem vocabula alia atque alia deprehenduntur, sensus tamen ubique idem est.

Et cum prætereà hodie liberi emancipati, in quorum gratiam Prætor principaliter bonorum possessionem introducebat, unà cum suis per *Nov. 118.* ratione successionis exæquati sint & sic auxilio Prætoris non amplius indigeant; hinc exiguus quoque hodiè præsentis nostræ distinctionis usus erit. Pauci excipiuntur casus, ubi adhuc dum bonorum posses-

possessione opus est, quamvis nomen non adhibeamus, scilicet (1) quando posthumus decedit iterum vivo adhuc testatore, cujus testamentum per hunc posthumum ruptum erat. (2) quando testator, qui capitis diminutionem passus & sic testamentum irritum factum erat, in integrum restituitur: (3) quando præteritus non impugnat testamentum: (4) quando heres sub conditione institutus eâ pendente possessione hereditatis perfrui velit: (5) quando liberi repudiata paterna hereditate avitam solam adire volunt: (6) quando conjux superstes deficientibus defuncti conjugis cognatis ad integram hereditatem adspirat, de quibus casibus fusè agit Struv. *S. I. C. Exerc.38. thes.42.* quo nos brevitatis causa remittimus.

## DIST. II.
## Inter Bonorum possessionem *Edictalem* & *Decretalem.*

D*Ecretalis* est, quæ non conceditur absque causæ cognitione aliquali & interposito postmodum decreto, vi cujus bonorum possessio petenti obvenit. Huc pertinet *Carboniana* bonorum possessio, de qua sub *tit. ff. de Carbon. Edict.* nec non ea, quæ *ventris nomine* dicitur, de qua est *tit. ff. de ventr. in possess. mitt.*

Edi-

*Edictalis* vocatur, quæ absque ulla causæ cognitione de plano petitur atque conceditur. Quemcunque enim effectum *Lex civilis* habebat *intuitu suorum*: ille quoque *emancipatis*, &c. obveniebat ex *Edicto Pratoris*, hæc duo enim, Lex & Edictum nudo nomine differebant, non re, Prætor enim quamvis videri nolebat, quod Leges condat, unde nomine Edicti utebatur, hisce tamen Edictis suis eandem vim tribuebat, quæ unquam aliàs ex Legibus prosluere poterat, conf. §. 7. *J. de J. N. G. & C.* Ergò, quemadmodum sui & reliqui agnati non opus habent decreto judiciali juxta Legis civilis veteris dispositionem: ita nec emancipati & cognati ex dispositione Edicti Prætorii.

Tribuit quoque hæc *Edictalis effectum perpetuum* non minus, ut ea successio, quæ ex Lege civili defertur. *Decretalis* è contrario effectum saltem *temporarium* habet. Filius enim impubes, cui post mortem Patris quæstio status circa successionem movetur, v. g. quod sit suppostitius, adulterinus, &c. quamvis huic bonorum possessio ex Carboniano Edicto deferatur, non tamen propterea certus est, quod ea possessione certo & sem per sit fruiturus, quia omnia dependent ab eventu futuri Processus super quæstione

status

ſtatus, qui usque ad adeptam pubertatem differtur, v. omnino *l.3. §.5. ff. de Carbon. Edict.* Ita quoque quamvis venter bonorum poſſeſſionem ex Decreto Prætoris conſequatur, non tamen propterea ſemper eandem retinet, ſed videndum eſt, an partus vivus naſcatur, necne, item quoad bona feudalia, an maſculus naſcatur, an filia, &c.

DIST. III.

## Inter bon. poſſ. Edictalem *ordinariam* & *extraordinariam.*

DE *ordinaria* hactenus, quæ ex *certa Edicti parte, certis perſonis* & *certo etiam ordine* conceditur, v.g. primo liberis emancipatis, deinde ipſorum parentibus, denique reliquis cognatis.

*Extraordinariam* vocant, quæ *ex novis LL.* originem ſuam habet & *nec certis perſonis, nec certo ordine*, ſed prout æquitas hoc ſuadet, defertur. Egregium exemplum in *l.4. §.f. junct. l.5. ff. de bon. poſſ. contr. tabb.* deprehenditur, ubi caſus talis eſt: Condit aliquis teſtamentum & præterito eo, qui in utero adhuc erat, filium emancipatum heredem inſtituit, hic autem antequam conſtat, an naſciturus ſit ille præteritus, decedit, hereditate nondum adita vel bon. poſſeſſione nondum petita, quippe quam interim petere non pote-

rat.

rat. Quæritur, annon heredes illius filii emancipati adhuc ad bonorum possessionem sint admittendi? & affirmatur hæc quæstio. Referri huc à quibusdam solet successio, quæ per statutum alicui adsignatur, v. g. quod maritus in Saxonia res mobiles uxoris defunctæ capit, v. Fr. de Barry *de success. test. & intest. lib. 11. tit. 6. n. 3.* & alii apud Struv. *Exerc. 37. thes. 82.* sed rectius Illustr. Dn. Stryk. existimat *in not. ad Lauterb. tit. de bon. possess. voc. exempla*; hanc successionem magis civilem esse & videtur sententia Francisci de Barry aliorumque adhuc ex erroneo illo veterum supposito profluxisse, ac si nostri Duces & reliqui Status cum Magistratibus Romanis optimo jure conferri possint.

Interim quoad effectum inter ordinariam & extraordinariam b. poss. nihil interest.

## DIST. IV.

## Inter b. possessionem *cum re & sine re.*

PLacet hanc distinctionem verbis Struvii *Exerc. 27. th. 11.* explicare. Bonorum possessio *cum re* est, qua ipsum jus hereditarium Prætorium ita quis acquirit, ut sine ulla suspen-

suspensione aut obstaculo illo perfrui possit. Bonorum autem possessio *sine re* vocatur, quando quidem alicui jus hereditarium & titulus heredis tribuitur, sed propter incertum concurrentem eventum in suspenso est, an possit illo revera uti, necne. Si eventus optatis respondeat, erit tunc bonorum possesio cum re, sin verò propter insequentem casum non posit frui, erit sine re. Ita Struvius satis clarè, quamvis pleraque exempla, ad quæ provocat, paulò obscuriora esse videantur. Addi merentur verba Ill. Strykii *in not. ad Lauterb. tit. de bon. poss. verb. sine effectu*, ubi ita: Bonorum possesio *sine re* fit *salvo jure alterius potius jus prætendentis* & hinc effectus suspenditur & eo fine tantum fit, ne mihi præjudicasse videar. Optimum exemplum esse videtur, quod & Struvius *d. l.* & Lauterbach *ad tit. de bon. poss. in fin.* ex *l. 2. C. de noff. testam.* adducunt, ubi filius de inofficioso testamento acturus statim ab initio bonorum possessionem impetraverat, attamen sine re, *incivile enim esse* dicunt Impp. Severus & Antonius, *scriptis heredibus auferri possessionem.* Ergo bonorum possessio sine re tribuit jus possidendi in eventum processus moti, non autem præsentaneam & actualem possessionem.

Qui-

Quicquid vero hujus sit, ego, si ad usum respicio, eò fere adducor, ut cum Fr. de Barry *de success. test. & intest. lib. 18. tit. 2. num. 5.* talem bonorum possessionem sine re in judiciis nostris non observari statuam.

# LIB. XXXVII. TIT. VI.

# De Collatione.

## DIST. I.

### Inter Collationem *realem* & *cautionalem*.

R*Ealis* fit ex præsenti, ut scilicet omnia statim singulorum heredum intuitu ad æqualitatem redigantur. *Cautionalis* autem tunc solummodò locum habet, *quotiescunque adhuc dubium est, an & quantum ab uno alterove ex coheredibus conferendum sit*, v. g. quando coheredes prætendunt, Cajum vivo Patre aliquot centum ab eodem percepisse, Cajus autem hoc negat, & sic prævia Liquidatione, quæ nunc in præsenti statim expediri nequit, opus est, v. *l. 1. §. 11. ff. h. t.*

## DIST. II.

### Inter Collationem realem *veram* & *quasi*.

V*Era* est, quando actu confertur res ipsa ac-

accepta, *quasi* autem, quando tanto minus ex hereditate capitur, *v. l. 1. §. 12. ff. b. t.*

*Prior* toties requiritur, *quoties species aliqua conferenda*, quæ affectionem recipit & sic a quolibet ex coheredibus desideratur, unde sorte decertare volunt, cuinam illa sit obventura. *Posterior* autem sufficit, *si quantitatis collatio exigitur*, quæ peculiarem affectionem non recipit & propterea heredibus nihil interest, an ipsa illa quantitas iterum adferatur, an verò coheres, qui eam accepit, tanto minus in rebus aliis ejusdem generis capiat.

# LIB. XXXIX. TIT. I.
# De Operis novi nunciatione.

## DIST. I.
## Inter nunciationem *publicam* & *privatam*.

*Publica* (hodie maxime frequens) fit publicè coram Magistratu, qui novi operis continuationem per nuncium, vel per literas interdicit, *privata* autem privata autoritate expe-

ſcilicet, quando proteſtans jus ei non fuiſſe ædificandi docuerit, omne opus demoliri iterum cogatur.

Hanc ſuam aſſertionem ut ex Legibus ſtabiliret, *ad l.5.§.7.ff.h.t.* provocat, ubi Ulpianus: *Si quis*, inquit, *ipſi Prætori velit opus novum nunciare, debet, ut interim teſtetur, non poſſe ſe nunciare: & ſi nunciavit poſtea, & quod retro ædificatum erit, deſtruendum erit, quaſi repetito die nuntiatione facta.* Ego hic ne minimum quidem deprehendo, quod pro ſtabilienda hypotheſi Frideri adduci queat. Ulpianus de caſu plane ſingulari loquitur, ſi quis *ipſi Prætori* velit opus novum nuntiare, prout etiam obſervavit Gothofredus *ad d. l.* hic dicit Ulpianus nuntiationem locum non habere, quia Prætores & omnes Magiſtratus majores durante officio in jus vocari non poterant, nuntiatio autem, licet in ſe ſit extrajudicialis, ad judicia tamen tendit, Gothofr. *cit. loc.* Ergo, ne intereà præjudicium mihi inferatur, Ulpianus conſilium ſuppeditat, ut ſcilicet per proteſtationem jus meum mihi conſervem. Ex quo juxtà mentem Frideri jam ita inferendum eſſet: *Si is, qui durante officio ipſi Prætori non potuit novum opus nuntiare, per proteſtationem ſibi debet proſpicere*, ergo ſe-

 quitur

quitur exinde, *quod novi operis nuntiatio á nemine per modum protestationis fieri possit.* Peto probationem consequentiæ.

*Realem* per manum, id est, lapilli ictum (sive jactum) fieri, asserit idem Ulpianus in *cit. l. 5.* §. *10. ff. h. t.* sed quid hoc est, *lapilli jactus?* Friderus *loc. cit. n. 12.* ita explicat: *Per jactum lapilli sive per manum nunciatio fit, quando Pars per se, vel alium ad hoc legitimatum, coram Notario & testibus ad minimum duobus, novum opus addita simul causa, puta dominii, servitutis, vel damni fieri prohibet, inque ejus rei solenne testimonium lapillum unum, vel si placet & alterum ex ipso opere vel aliunde assumptum, in locum vel opus controversum projicit, cum testium appellatione, & Notarii requisitione, ut super facta solenni nuntiatione jactuque lapilli instrumentum unum, aut plura, in eorum, quæ facta sunt, fidem atque memoriam conficiat.*

Ita Friderus. Mihi tamen magis placet opinio B. Brunnemanni in *Comm. ad d. l. 5. ff. h. t. num. 10.* qui jactum lapilli *de materiæ ad ædificandum paratæ disjectione* intelligit, quæ sententia priori ex ea causâ præferenda esse videtur, quoniam nunciatio quæcunque ita comparata esse debet, ut nunciatus ex meo facto clare colligere possit, quidnam

per

per illud factum intenderim. At verò, si unus alterve lapillus absente nuntiato in locum vel opus controversum projicitur & nuntiatus deinde hunc lapillum invenit, an exinde clarè colligere valet, in quem finem hæc projectio facta, aut annon potest credere, lapillum eum forte fortuito in illum locum projectum esse? At verò, si materia ad ædificandum parata disjicitur, nunciatus superveniens sat liquidò finem hujus disjectionis colligere poterit.

Quoad effectum de jure Romano ita tenendum: si nuntiatio est *verbalis*, tunc fatemur eo ipso, fundum, in quo opus novum exstruitur, jure dominii ad nuntiatum pertinere, & ipsum aliquid saltem contra jus servitutis in eo fundo nobis competens suscipere, quo ipso possessionem amittimus & alterum possessorem facimus *d. l. 5. §. 10. ff. h. t.* Quod si vero *realis* est nuntiatio, tunc possessionem non amittimus, nec dominium loci controversi nunciato tribuimus, *d. l. 5. §. 10.*

Ita apud Romanos. Sed quid moribus nostris obtinet? Adlatam differentiam in praxi parum observari, nec in decernendis Processibus attendi testatur cit. Friderus, Mindanus *loc. alleg. num. 20.* inque eam rem mul-

ta exempla adduci posse asserit. Et cum praeterea nunciationes privatae hodie rarissimae fiant, cum ubique fere Judex statim adiri soleat ab eo, qui nunciationem intendit, hinc adstruere non dubito, praesentem distinctionem exiguum admodùm in praxi usum habere, add. Carpzov. *l. 1. Resp. 6.*

# Lib. XXXIX. Tit. V.
# De Donationibus.

## DIST. I.
## Inter Donationem *absolutam* & *remuneratoriam*.

Differunt hae duae species diversis modis. Donatio *absoluta*, si 500. solidos excedit, *actis insinuari debet*, §. *2. J. de donat.* ut scilicet Judex videre possit, annon forsan ea ex prodigalitate in hominem indignum conferatur, ad donationes enim, & quidem in specie ad eas, quae maximam quantitatem continent, homines alias proclives esse non solent. At donatio *remuneratoria* ob cessantem illam rationem, insinuatione judiciali non indiget, modo benemerita sive causae donationis in specie exprimantur, prout fecit Aquilius Regulus in *l. 27. ff. h. t.* ibi: *quoniam & cum patre meo semper*

*ſemper fuiſti & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidiſti, dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, eoque uti;* vel modò donatarius poſteà merita probare poſſit, v. Mynſing. *Cent.* 4. *Obſerv.* 75. & 88. Dion. Gothofred. *in not. ad d. l.* 27.

Deinde donatio *abſoluta* multis modis *revocari poteſt*, utpote ſi ingratus fuerit donatarius, propter cauſas in *l. fin. C. de revoc. donat.* enumeratas, item propter ſupervenientiam liberorum, *l.* 8. *C. eod.* item ſi legitima liberorum læſa, *tot. tit. C. de inoffic. donat.* quæ omnia in donatione *remuneratoria* ſecus ſe habent.

*Inter Conjuges* prohibita eſt donatio *abſoluta*, ne mutuato amore invicem ſpoliarentur, *l.* 1. *ff. de donat, int. vir. & uxor.* vel ne concordia pretio conciliari videretur, *l. pr. ff. eod.* quia ſæpe futurum eſſet, ut diſcuterentur matrimonia, ſi non donaret is, qui poſſet, juxta *l.* 3. *eod.* at vero in donatione *remuneratoria* non adeſt ejusmodi ſpoliatio E. etiam LL. prohibitio huc non pertinet, *v. l.* 5. §. 16. *ff. eod.*

Donationem *remuneratoriam non conferunt liberi*, per hanc enim inæqualitas inter liberos non inducitur, cujus evitatio eſt fundamentum collationis. Aliud in donatio-

ne *absoluta*, v. Illustr. Stryk. *de success. ab intest. Disp. II. c. 4. §. 13. seqq.* Quamvis verò dissentiant alii & inter eos etiam Lauterb. *Comp. jur. ad tit. de collat.* existimantes, quod absoluta etiam sive simplex donatio conferri non debeat; eorum tamen opinio fundamento jamjam adducto contrariatur. Provocat Lauterbach ad *l. pen. §. 1. C. de collat.* Sed hæc si oculi aperiuntur, eidem è diametro adversatur, modo quis integram eam perlegere velit. Equidem *l. 18. C. famil. bercisc.* ad quam porro provocat, ab initio valdè obstare videtur; ast nuda verba non sunt inspicienda, sed interpretatio ex analogia juris & aliis textibus juris est assumenda, nec enim verba legis talem interpretationem respuunt. Intelligo itaque *l. 18. C. fam. herc.* de eo casu, si Pater expresse declaravit, quod filia rem, quam Pater ejus nomine emit, præcipuam habere debeat; vel etiam ita intelligi potest, prout eam explicat Barbosa, quod filia illam rem præcipuam habere, id est, sorti non committere debeat in judicio familiæ herciscundæ, quod aliàs necessarium est intuitu omnium *specierum*, quas liberi vivis parentib9 acceperunt, v. suprà *tit. de collat. Dist. I.* Brunnemann *ad d. l. 18. C. fam. bercisc.* qui tamen contrariam sen-

ſententiam defendere voluit, cui ex rationibus noſtris facilè reſponderi poteſt.

Quamvis etiam *tutor donare non poſſit* per *l. 22. ff. de admin. & peric. Tutor.* hoc tamen iterum de donatione abſoluta intelligendum eſſe puto, non de remuneratoria, quippe in qua nulla bonorum diſſipatio adeſt, ſed quam quilibet paterſamilias ex lege gratitudinis ſuſcipere ſolet.

# Lib. XXXIX. Tit. VI.
# De Mortis cauſa donationibus & capionibus.

## DIST. I.
## Inter Donationem *inter vivos* & *mortis cauſa.*

Differunt (1) *ratione modi contrahendi.* In donatione *inter vivos* nihil præter conſenſum requiritur, id eſt, nec teſtibus indigemus niſi ad meliorem probationem, eſt enim pactum legitimum, quia *l. 35. C. de donat.* illud eouſque confirmavit, ut actio exinde donatario competeret, hodiè etiam in claſſem contractum conſenſualium referri poſſet. At verò in donatione

*mortis causa* quinque testes requiruntur, *l. fin. C. de donat. mort. caus.* & reliquæ solennitates, quæ in Codicillis adesse debent, excepto eo solum, quod in codicillo non exigatur acceptatio Legatarii, bene tamen in donatione mortis causa acceptatio donatarii *v. l. 38. ibi; præsens præsenti ff. h. t.* & ergò hac parte donatio inter vivos & donatio mortis causa inter se conveniunt.

Differunt (2) *ratione effectus*. Scilicet ex donatione *inter vivos* consequor jus præsens, licet executio dilata fuerit post mortem donantis, v. g. si quis dicat, *dono tibi centum thaleros*, (hactenus verba dispositiva & exinde discendens jus præsens) *sed non habebis eos, nisi demum post mortem meam*, (hæc sunt verba executioni adjecta,) ast in donatione mortis causa spem saltem habeo, sive jus aliquod futurum, *v. g. dono tibi centum thaleros post mortem meam*, vel, *si in hoc morbo occubuero*, (ubi & obligatio & executio suspensa est.)

Ex quo (3) differentia *ratione facultatis pœnitendi* profluit. Quicunque *inter vivos* donavit, ille statim à momento donationis sive promissionis firmiter obligatus est, quamvis etiam donationis executio ad annos aliquot, imò planè ad dies vitæ dilata fuerit, quæ est natura omnium conventio-

num.

num. At verò donatio *mortis causa* ejusmodi præsentem obligationem nondum producit, sed spem saltem, prout supra *ad tit. Quand. dies legat. vel fideic. ced.* dictum fuit. Ergo hæc mortis causa facta donatio quocunque tempore iterum revocari potest, sive ea facta sit cogitatione mortalitatis in genere, sive intuitu instantis alicujus ejusque gravissimi periculi.

(4) Donare *mortis causa* potest *minor sine Curatoris consensu*, Rauchbar *p. 1. qu. 31. n. 42.* Struv. *Ex. 40. th. 22. inter vivos* donare ei non permittitur. Ex hac siquidem læderetur, non autem ex illa.

(5) Donatio *mortis causa* licet 500. solidos excedat, *non tamen requirit insinuationem judicialem*, (exceptio est de jure Saxonico Electorali in donatione omnium bonorum,) Struv. *d. Ex. 40. th. 24.* aliud in donatione *inter vivos*.

(6) In Donatione *mortis causâ, si donatarius ante donantem moritur*, donatio intercidit, *v. l. 35. §. 4. l. 42. pr. ff. h. t.* at vero, quamvis in donatione *inter vivos* executio vel traditio in annos aliquot dilata & donatarius ante illorum lapsum mortuus fuerit, donatio tamen ad liberos pertinet.

DIST.

## DIST. II.
## Inter Donationem *mortis causa* & *morte confirmatam.*

NE putes, hæc duo synonyma esse & ratione effectus inter se convenire, longè enim ab invicem distant.

Silicet donatio *mortis causa* dicitur, *quoties statim ab initio negotii in ipsis verbis dispositivis mortis cogitatio*, (id est, mentio, nam sola interna cogitatio hic non sufficit) *injicitur*; ast vero in donatione *morte confirmata* ejusmodi cogitatio mortis sub initium negotii non aderat, *sed ex paciscentium intentione statim firma esse debebat*, non autem poterat quamdiu vivebant, & sic post mortem eorum robur suum demum consequebatur. Exemplum est in *conjugibus*, quorum donationes pure & inter vivos factæ nullius sunt effectus, sed semper à donante revocari possunt, quod si vero ante mortem non fuerint revocatæ, tunc defuncto ipso convalidantur. Idem est, si *Parentes liberis in potestate existentibus* aliquid donent, quoniam & talis donatio ob unitatem personæ vivis parentibus effectum non habet, sed post mortem solummodo. Quemadmodum enim donatio conjugum defuncto donatore propterea subsistit, quia tunc amplius non adest

spoliatio:

ſpoliatio: ita ea, quæ inter Parentes & liberos facta ex hac cauſa valet, quia tunc unitas perſonæ deficit, v. Lauterbach *ad tit. ff. de donat.*

Uſus vero in hoc conſiſtit. Donatio *mortis cauſa*, prout paulo ante dictum, absque inſinuatione judiciali ſubſiſtit, quamvis maximam ſummam contineat; donatio autem *morte confirmata* non item, ſed retrotrahitur ad primum ſuum initium & propterea, ſi 500. ſolidos excedit, ultra hanc quantitatem absque facta inſinuatione ſubſiſtere non poteſt per textum expreſſum in *l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.*

Quoad *parentes & liberos in ſpecie* etiam hoc addere poſſes. Donatio *mortis causâ* non confertur à liberis, quia hic conſtat, quod parentes voluerint, ut liberi rem donatam præ reliquis præcipuam haberent, *v. l. 16. C. de collat.* donatio *morte confirmata* tamen conferenda erit, quia propter retrotractionem ad donationes inter vivos pertinet, *v. ſupra Diſt. I. h. tit.*

## DIST. III.
## Inter Mortis cauſa *donationem* & *capionem*,

Donatio mortis cauſa *ex ipſis donantis bonis* ad donatarium pervenit; ſed mortis

tis causa *capio* saltem *occasione hereditatis & mortis testantis* percipitur, *l. 31. pr. ff. h. t.* vel, prout loquitur Marcellus in *l. 38. ff. h. t. Mortis causa donatur, quo præsens præsenti dat: à mortis causa capi intelligitur & quod non cadit in speciem donationis.* Adjicit quoque JCtus exempla, v. g. cum testamento quis suo Pamphilum servum suum liberum esse jussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur, & tamen si accepero à servo decem, mortis causa me accepisse convenit. Idem accidit, quod quis sit heres institutus, si mihi decem dederit: nam accipiendo ab eo, qui heres institutus est, conditionis ejus explendæ causa, mortis causa capio, add. *l. 8. ff. h. t.* quamvis interdum phrasis: *mortis causa capere*, in nonnullis legibus, v. g. in *l. 18. pr. ff. h. t.* tam late sumatur, ut mortis causa donationem quoque sub se comprehendat.

In effectu fere conveniunt donatio & capio. Quemadmodum enim mortis causa donatio non computatur in Falcidiam, ita nec mortis causa capio, *v. l. 91. ff. ad L. Falcid. ibi: implendæ commissionis causa.* In Quartam Trebellianicam autem utrumque rectè computatur, v. Struv. *Ex. 36. th. 31.* Hoc unicum observandum esse videtur, quod donatio mortis causa actus sit peculiaris, præsen-

ſentiam quinque teſtium, donatarii præſentiam & acceptationem ejusdem requirens, mortis cauſa capio autem eſt merum aliquod acceſſorium diſpoſitioni alterius principalis, quæ præſentiam atque acceptationem ejus, in cujus favorem tendit, neutiquam exigit.

# LIB. XLI. TIT. I.

# De acquirendo rerum Dominio.

## DIST. I.

## Inter Res nullius *cenſura, facto, natura, tempore* & *caſu.*

INcluduntur hæ diverſæ ſpecies vulgatis verſiculis:

*Cenſura, facto, natura, tempore, caſu,*
*Res in nullius dicitur eſſe bonis.*

Per Res *cenſura* nullius intelligunt res divini juris, ſacras, ſanctas & religioſas. Poſſent etiam in genere huc ea referri, quæ extra commercium poſita, v.g. res publicæ, &c.

*Facto* tales ſunt, quas Dominus pro derelictis habet eoque animo abjicit, ut jam à quolibet apprehendi poſſint.

*Na-*

ta exempla adduci posse asserit. Et cum præterea nunciationes privatæ hodie rarissimæ fiant, cum ubique fere Judex statim adiri soleat ab eo, qui nunciationem intendit, hinc adstruere non dubito, præsentem distinctionem exiguum admodùm in praxi usum habere, add. Carpzov. *l. 1. Resp. 6.*

# LIB. XXXIX. TIT. V.
# De Donationibus.

## DIST. I.
## Inter Donationem *absolutam* & *remuneratoriam*.

Differunt hæ duæ species diversis modis. Donatio *absoluta*, si 500. solidos excedit, *actis insinuari debet*, §. 2. *J. de donat.* ut scilicet Judex videre possit, annon forsan ea ex prodigalitate in hominem indignum conferatur, ad donationes enim, & quidem in specie ad eas, quæ maximam quantitatem continent, homines alias proclives esse non solent. At donatio *remuneratoria* ob cessantem illam rationem, insinuatione judiciali non indiget, modo benemerita sive causæ donationis in specie exprimantur, prout fecit Aquilius Regulus in *l. 27. ff. h. t.* ibi: *quoniam & cum patre meo*

*semper*

*semper fuisti & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, eoque uti;* vel modò donatarius posteà merita probare possit, v. Mynsing. *Cent. 4. Observ. 75. & 88.* Dion. Gothofred. *in not. ad d. l. 27.*

Deinde donatio *absoluta* multis modis *revocari potest*, utpote si ingratus fuerit donatarius, propter causas in *l. fin. C. de revoc. donat.* enumeratas, item propter supervenientiam liberorum, *l. 8. C. eod.* item si legitima liberorum læsa, *tot. tit. C. de inoffic. donat.* quæ omnia in donatione *remuneratoria* secus se habent.

*Inter Conjuges* prohibita est donatio *absoluta*, ne mutuato amore invicem spoliarentur, *l. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor.* vel ne concordia pretio conciliari videretur, *l. pr. ff. eod.* quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, juxta *l. 3. eod.* at vero in donatione *remuneratoria* non adest ejusmodi spoliatio E. etiam LL. prohibitio huc non pertinet, *v. l. 5. §. 16. ff. eod.*

Donationem *remuneratoriam non conferunt liberi*, per hanc enim inæqualitas inter liberos non inducitur, cujus evitatio est fundamentum collationis. Aliud in donatio-

ne *absoluta*, v. Illustr. Stryk. *de success. ab intest. Disp. II. c. 4. §. 13. seqq.* Quamvis verò dissentiant alii & inter eos etiam Lauterb. *Comp. jur. ad tit. de collat.* existimantes, quod absoluta etiam sive simplex donatio conferri non debeat; eorum tamen opinio fundamento jamjam adducto contrariatur. Provocat Lauterbach ad *l. pen. §. 1. C. de collat.* Sed hæc si oculi aperiuntur, eidem è diametro adversatur, modo quis integram eam perlegere velit. Equidem *l. 18. C. famil. hercisc.* ad quam porro provocat, ab initio valdè obstare videtur; ast nuda verba non sunt inspicienda, sed interpretatio ex analogia juris & aliis textibus juris est assumenda, nec enim verba legis talem interpretationem respuunt. Intelligo itaque *l. 18. C. fam. herc.* de eo casu, si Pater expresse declaravit, quod filia rem, quam Pater ejus nomine emit, præcipuam habere debeat; vel etiam ita intelligi potest, prout eam explicat Barbosa, quod filia illam rem præcipuam habere, id est, sorti non committere debeat in judicio familiæ hercifcundæ, quod aliàs necessarium est intuitu omnium *specierum*, quas liberi vivis parentibꝰ acceperunt, v. suprà *tit. de collat. Dist. I.* Brunnemann *ad d. l. 18. C. fam. hercisc.* qui tamen contrariam sen-

ſententiam defendere voluit, cui ex rationibus noſtris facilè reſponderi poteſt.

Quamvis etiam *tutor donare non poſſit* per *l. 22. ff. de admin. & peric. Tutor.* hoc tamen iterum de donatione abſoluta intelligendum eſſe puto, non de remuneratoria, quippe in qua nulla bonorum diſſipatio adeſt, ſed quam quilibet paterfamilias ex lege gratitudinis ſuſcipere ſolet.

# LIB. XXXIX. TIT. VI.

# De Mortis cauſa donationibus & capionibus.

## DIST. I.

## Inter Donationem *inter vivos* & *mortis cauſa.*

DIfferunt (1) *ratione modi contrahendi.* In donatione *inter vivos* nihil præter conſenſum requiritur, id eſt, nec teſtibus indigemus niſi ad meliorem probationem, eſt enim pactum legitimum, quia *l. 35. C. de donat.* illud eousque confirmavit, ut actio exinde donatario competeret, hodiè etiam in claſſem contractuum conſenſualium referri poſſet. At verò in donatione

*mortis causa* quinque testes requiruntur, *l. fin. C. de donat. mort. caus.* & reliquæ solennitates, quæ in Codicillis adesse debent, excepto eo solum, quod in codicillo non exigatur acceptatio Legatarii, bene tamen in donatione mortis causa acceptatio donatarii *v. l. 38. ibi; præsens præsenti ff. h. t.* & ergò hac parte donatio inter vivos & donatio mortis causa inter se conveniunt.

Differunt *(2) ratione effectus*. Scilicet ex donatione *inter vivos* consequor jus præsens, licet executio dilata fuerit post mortem donantis, v. g. si quis dicat, *dono tibi centum thaleros*, (hactenus verba dispositiva & exinde discendens jus præsens) *sed non habebis eos, nisi demum post mortem meam*, (hæc sunt verba executioni adjecta,) ast in donatione mortis causa spem saltem habeo, sive jus aliquod futurum, *v. g. dono tibi centum thaleros post mortem meam*, vel, *si in hoc morbo occubuero*, (ubi & obligatio & executio suspensa est.)

Ex quo (3) differentia *ratione facultatis pœnitendi* profluit. Quicunque *inter vivos* donavit, ille statim à momento donationis sive promissionis firmiter obligatus est, quamvis etiam donationis executio ad annos aliquot, imò planè ad dies vitæ dilata fuerit, quæ est natura omnium conventionum.

num. At verò donatio *mortis causa* ejusmodi præsentem obligationem nondum producit, sed spem saltem, prout supra *ad tit. Quand. dies legat. vel fideic. ced.* dictum fuit. Ergo hæc mortis causa facta donatio quocunque tempore iterum revocari potest, sive ea facta sit cogitatione mortalitatis in genere, sive intuitu instantis alicujus ejusque gravissimi periculi.

(4) Donare *mortis causa* potest *minor sine Curatoris consensu*, Rauchbar *p. 1. qu. 31. n. 42.* Struv. *Ex. 40. th. 22. inter vivos* donare ei non permittitur. Ex hac siquidem læderetur, non autem ex illa.

(5) Donatio *mortis causa* licet 500. solidos excedat, *non tamen requirit insinuationem judicialem*, (exceptio est de jure Saxonico Electorali in donatione omnium bonorum,) Struv. *d. Ex. 40. th. 24.* aliud in donatione *inter vivos.*

(6) In Donatione *mortis causâ, si donatarius ante donantem moritur*, donatio intercidit, *v. l. 35. §. 4. l. 42. pr. ff. h. t.* at vero, quamvis in donatione *inter vivos* executio vel traditio in annos aliquot dilata & donatarius ante illorum lapsum mortuus fuerit, donatio tamen ad liberos pertinet.

DIST.

DIST. II.

## Inter Donationem *mortis causa* & *morte confirmatam.*

NE putes, hæc duo synonyma esse & ratione effectus inter se convenire, longè enim ab invicem distant.

Silicet donatio *mortis causa* dicitur, *quoties statim ab initio negotii in ipsis verbis dispositivis mortis cogitatio*, (id est, mentio, nam sola interna cogitatio hic non sufficit) *injicitur*; ast vero in donatione *morte confirmata* ejusmodi cogitatio mortis sub initium negotii non aderat, *sed ex paciscentium intentione statim firma esse debebat*, non autem poterat quamdiu vivebant, & sic post mortem eorum robur suum demum consequebatur. Exemplum est in *conjugibus*, quorum donationes pure & inter vivos factæ nullius sunt effectus, sed semper à donante revocari possunt, quod si vero ante mortem non fuerint revocatæ, tunc defuncto ipso convalidantur. Idem est, si *Parentes liberis in potestate existentibus* aliquid donent, quoniam & talis donatio ob unitatem personæ vivis parentibus effectum non habet, sed post mortem solummodo. Quemadmodum enim donatio conjugum, defuncto donatore propterea subsistit, quia tunc amplius non adest

spoliatio:

ſpoliatio: ita ea, quæ inter Parentes & liberos facta ex hac cauſa valet, quia tunc unitas perſonæ deficit, v. Lauterbach *ad tit. ff. de donat.*

Uſus vero in hoc conſiſtit. Donatio *mortis cauſa*, prout paulo ante dictum, absque inſinuatione judiciali ſubſiſtit, quamvis maximam ſummam contineat; donatio autem *morte confirmata* non item, ſed retrotrahitur ad primum ſuum initium & propterea, ſi 500. ſolidos excedit, ultra hanc quantitatem absque facta inſinuatione ſubſiſtere non poteſt per textum expreſſum in *l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.*

Quoad *parentes & liberos in ſpecie* etiam hoc addere poſſes. Donatio *mortis causâ* non confertur à liberis, quia hic conſtat, quod parentes voluerint, ut liberi rem donatam præ reliquis præcipuam haberent, *v. l. 16. C. de collat.* donatio *morte confirmata* tamen conferenda erit, quia propter retrotractionem ad donationes inter vivos pertinet, *v. ſupra Diſt. I. h. tit.*

## DIST. III.
## Inter Mortis cauſa *donationem* & *capionem*,

DOnatio mortis cauſa *ex ipſis donantis bonis* ad donatarium pervenit; ſed mortis

ſentiam quinque teſtium, donatarii præſentiam & acceptationem ejusdem requirens, mortis cauſa capio autem eſt merum aliquod acceſſorium diſpoſitioni alterius principalis, quæ præſentiam atque acceptationem ejus, in cujus favorem tendit, neutiquam exigit.

# LIB. XLI. TIT. I.

# De acquirendo rerum Dominio.

## DIST. I.

## Inter Res nullius *cenſura, facto, natura, tempore* & *caſu.*

INcluduntur hæ diverſæ ſpecies vulgatis verſiculis:

*Cenſura, facto, natura, tempore, caſu,*
*Res in nullius dicitur eſſe bonis.*

Per Res *cenſura* nullius intelligunt res divini juris, ſacras, ſanctas & religioſas. Poſſent etiam in genere huc ea referri, quæ extra commercium poſita, v.g. res publicæ, &c.

*Facto* tales ſunt, quas Dominus pro derelictis habet eoque animo abjicit, ut jam à quolibet apprehendi poſſint.

*Naturâ* nullius sunt feræ bestiæ & gemmæ.

*Tempore* nullius esse dicitur thesaurus, sive vetus dispositio pecuniæ, cujus non extat memoria.

Denique *casu* nullius in dominio existit hereditas jacens a momento, quo defunctus obiit, usque ad illud momentum, quo heres hereditatem adit. conf. Illustr. Dn. Stryk *in not. ad Lauterb. h. t. ab initio.*

Ita quidem enumerantur diversæ species rerum, quas nullius esse dicimus, sed tamen non sunt eædem propterea ejusdem quoque indolis atque naturæ, unde multum interest, ut accurate ab invicem distinguantur.

Scilicet res *censura* nullius neque *actu* in dominio alicujus existunt, nec etiam alicujus fieri *possunt*, obstat enim Legis prohibitio.

E contrario, quæ *facto* nullius dicuntur, non sunt quidem in præsenti in dominio, *per occupationem tamen facile acquiruntur.*

Idem apud Romanos in rebus *natura* nullius obtinebat, ubi quilibet facultatem capiẽdi feras bestias habebat, sed quoniam hoc moribus nostris mutatũ, hinc bestiæ illæ hodiè ad res nullius amplius referri non possũt.

In rebus *tempore* nullius dictum prædicatum: *nullius* admitti quidem potest, *quantum actuale exercitium concernit,* quo respectu

ctu etiam applicare posses alterum illud: non esse & non apparere, sunt synonyma; Sed *quantum ad ipsam proprietatem attinet*, thesaurus nullo modo ad res nullius pertinet. Cederet enim alias cuilibet occupanti, at vero contrarium, & quod detectus thesaurus domino acquiratur, expediti juris est.

Idem judicium de rebus *casu* nullius esto. Nec enim & jacentem hereditatem occupare permissum est. Unde durante deliberatione heredis nemo quidem adest, qui actu administret res hereditarias, proprietas tamen illi interim salva manet, qui postmodum hereditatem acceptat, & cujus acceptatio, sive aditio, ad momentum illud, quo defunctus mortuus est, retrotrahitur.

## DIST. II.

## Inter Accessionem *naturalem*, *industrialem* & *fortuitam*.

Quoad diversum conceptum in theoria hæ tres species omnino ab invicem differunt, *naturalis* enim ex ipsius naturæ operatione provenit, homine vel nihil, vel parum cooperante, v.g. in alluvione, fœtu animalium, &c. at vero in *industriali* omnia ab industria humana dependent, v.g. in Specificatione, adjunctione, &c. in *fortuita* deni-

que nec natura operatur, nec industria humana, sed ex insperato aliquid acquiritur, quo referunt thesauri inventionem. Ita quoad diversum conceptum. Sed quoad effectum unica saltem regula notari debet, *quod scilicet accessorium cujuscunque generis naturale, industriale & fortuitum naturam sui principalis sequatur.*

## DIST. III.

## Inter *Specificationem* & *Adjunctionem.*

S*Pecificatio* exinde cognoscitur, si res aliqua, postquam industria humana accessit, *novum nomen sortitur*, v. g. quando ex lana pannum conficimus; at in *adjunctione idem nomen*, quod antea rei inditum erat, *permanet*, v. g. si adamantem Titii annulo meo includo. Ex quo patet, non esse specificationem, si quis alienum frumentum excussit, prout quidem vult Tribonianus in §. *25. J. de R. D.* hic enim novum nomen frumento excusso non imponitur. Et ergo rectius contrarium asseruisse Cajum in *l. 7.* §. *7. ff. de A. R. D.* cujus sensum in excerpendo non est assecutus Tribonianus.

Nova species per *specificationem* effecta non indistincte acquiritur specificanti, sed tunc demum, *si partim ex propria*, *partim*

*ex*

*ex aliena materia* constat: aut quando materia mere est aliena, *si nova illa species non potest ad pristinam materiam reduci*, ita enim veteres Sabinianos & Proculianos, de prærogativa materiæ & formæ inter se subtiliter disputantes, conciliat *d. l. 7. §. 7. ff. de A. R. D.*

In *adjunctione* autem res adjuncta communiter rei principali cedit, quod plurimis exemplis Illustrat Struv. *Ex. 41. th. 40.* Subjungi tamen hic meretur

## DIST. IV.
## Inter *Ferruminationem* & *Adplumbaturam*.

*Ferruminatio* vocatur, quando metalla ejusdem generis, formata vel non formata, *sine interventu ullius alterius materiæ consolidantur*, v. g. si ferrum ferro per vim & efficaciam ignis jungitur, dicunt alicubi zusammen schweissen: *Adplumbatura* autem est, quando duæ materiæ ejusdem generis, vel diversi, *per quoddam interveniens coagmentantur*, Struv. *d. Ex. 41. th. 44.* v. g. si plumbo, glutine, clavo, vel simili modo brachium statuæ, navi tabula, asser asseri jungitur, quod vocant das löthen/ anlöthen/ anleimen/ &c.

Sive vero per ferruminationem, sive per adplumbaturam res aliena meæ *tanquam ac-*

*cessorium* jungatur, ejus dominium mihi statim acquiritur. In eo tamen adhuc manet differentia, quod, si adjunctio *per ferruminationem* facta fuerit, res accessoria nec tunc vindicari, vel ejus exhibitio peti possit, quamdiu principali cohæret, neque tunc etiam, quando ab eadem iterum separata deprehenditur. At in casu *adplumbaturæ* ad exhibendum agi & exhibitione facta res separata vindicari omninò potest. Rationem differentiæ in eo ponit Paulus in *l.23. §.5. ff. de R.V. quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem : plumbatura non idem efficit*, & proptereà actione in factum agendum esse dicit, ad pretium rei consequendum.

Dixi autem, si res aliena meæ *tanquam accessorium* jungitur. Quod si ergò duæ res conjunctæ sunt *æque principales*, tunc sua cujusque res manet & iterum separatur, Struv. *d. th. 44.*

## DIST. V.
## Inter *Confusionem* & *Commixtionem*.

PRior fit in rebus liquidis, *posterior* in aridis & siccis. *Prior* semper inducit communionem, sive facta sit voluntate utriusque, sive,

five alterutrius saltem, sive neutrius denique, sed per merum casum fortuitum, §. 27. *J. de R. D.* si scilicet separatio nullo modo fieri possit, alias verò, si hæc possibilis est, ut quando e. g. metalla confusa ab aurificibus chrysulcâ (Scheidwasser) iterum separantur, tunc communio non inducitur, si confusio absque dominorum consensu facta, sed suum cuilibet restituitur, Struv. *d. l. th. 43.*

Circa *commixtionem* tres casus ab invicem distingvuntur in §. 28. *J. de R. D.* scilicet, aut facta est illa *voluntate utriusque*, & tunc communio sine dubio inducitur: aut facta est *voluntate unius saltem*, *aut nullius*, sed *per merum casum fortuitum*, & tunc communionem induci negat *d.* §. 28. additâ ratione, *quia singula corpora in sua substantia durant*, quod in confusione secus sese habebat. Subjungitur quoque exemplum in *cit.* §. 28. *non magis istis casibus commune fieri frumentum, quàm grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint.* Quid ergo? *in rem actio* pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem Judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit, quod si verò commixtio voluntate utriusque facta & sic communio inducta fuisset, actio *communi dividundo* in-

 stitui

ſtitui debuiſſet juxta *l.5.pr.ff.de R.V.* In effectu tamen idem eſſe puto, ſive actio illa in rem, ſive hæc communi dividundo inſtituatur, & non parum ſubtilitatis huic materiæ de commixtione ineſſe videtur.

## DIST. VI.
### Inter *Plantationem* & *inſitionem*.

PLantæ in alieno ſolo poſitæ ab eo demum tempore domino ſoli acquiruntur, *quo radices egerunt*, anteà enim facillimo negotio à ſolo iterum ſeparari poterant, at verò *ſemen* in alienum agrum projectum ejusdem agri domino *à momento inſitionis* cedit, quia hoc difficulter admodum iterum colligi & ſic ab agro ſeparari poteſt, valdè difficilia autem pro impoſſibilibus in jure Romano reputantur, §.31. & 33. J. de R.D.

## DIST. VII.
### Inter *Scripturam* & *Picturam*.

LIteræ, licet aureæ ſint, perinde *chartis membranisve cedunt*, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ in ædificantur, aut inſeruntur; at verò in *pictura tabula pictura cedere debet*, quia ridiculum eſt, picturam Appellis, vel Parrhaſi, in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere, §.33. & 34. J. de R.D. Ita de jure Romano,

mano, hodie autem & chartam literis cedere multi ex recentioribus rectè asserunt, quia Dominus chartæ nullum interesse habat, sive eandem chartam præcisè consequatur, sive aliam æquè bonam. Nec charta, nec tabula, sunt ejusmodi res, in quas cadit pretium affectionis, sed sunt res merè fungibiles.

## DIST. IIX.
## Inter Traditionem *nudam* & *nonnudam*.

N*Uda* fit ex titulo ad transferendum dominium inhabili, e.g. ex titulo commodati, depositi, locati, &c. & hæc *non constituit accipientem in conditione usucapiendi* licet rem traditam longissimô tempore possideat; quod in traditione *nonnuda* ubique secus se habet, *v. l. 31. pr. ff. h. t.*

## DIST. IX.
## Inter Traditionem *veram* & *fictam*, & hanc iterum vel *longæ manus*, vel *brevis manus*, vel *symbolicam*.

V*Era* fit in mobilibus de manu in manum datione, in immobilibus inductione, non tamen, ut quis omnes glebas fundi circumambulet, sed quamlibet ejus partem

introire sufficit, per *l.3.ff. de acquir. vel amitt. poss.*

*Ficta*, quæ *longa manûs* dicitur, oculis perficitur. *Si Venditorem*, inquit Celsus *in l.18. §. 2. ff. de acqu. vel am. poss. quod emerim, deponere in mea domo jusserim: possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. Aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat: non minus possidere cœpi, quàm si pedem finibus intulissem.* Adde *l.79. ff. de solut.* ubi manu longa traditio fieri dicitur, *si pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem in conspectu meo ponere te jubeam.*

Ficta *brevis manûs* est, ubi una traditio locô duarum, quæ regulariter requirebantur, adhibetur, id quod communiter accidere solet, quando duo contractus, unus brevi tempore post alium, celebrati fuerunt. Sic v. g. possedi hactenus rem ex commodato, locato, deposito, &c. emo jam eandem rem à commodante, locatore vel deponente, duplici traditione opus esset, ut scilicet commodatarius &c. primò rem iterum restitueret commodanti & sic hunc contractum plenè dissolveret, deinde vero commodans ex novo contractu venditionis illam rem commodatario, tanquam emtori,

de-

denuò traderet atque hâc ratione contractum venditionis cousummaret. Sed cui usui essent istiusmodi ambages? Ergò quod fieri potest per pauca, non debet fieri per plura, & hinc commodans &c. rem anteà commodatam commodatario tanquam emtori ex novo titulo statim relinquit quasi denuò traditam. Aliud exemplum est in *l. 3. §. pen. & ult. ff. de don. inter vir. & ux. si scilicet debitorem meum tibi solvere, vel eum, qui mihi donaturus erat, uxori meæ dare jusserim.* Item: si pecunia ex alio contractu debita, per conventionem fit mutua, *l. 15. ff. de R. C.* Vel, si res vendenda datur, ut pecunia inde redacta sit mutua, *l. 11. pr. ff. d. t.* Schöpffer *Synops. jur. ad tit. ff. de reb. cred. num. 19. 20.*

Huc pertinet etiam *constitutum possessorium*, quando rem, quæ hactenus ex titulo ad dominium habili penes me fuit, jam ex inhabili possidere incipio, de quo fusè jam diximus *ad tit. de Constituta pecunia Dist. I.*

*Symbolica* denique est, quando loco ipsius rei aliud quid à tradente adhibetur, quod rem venditam, permutatam, donatam, &c. *repræsentat & cum ea connexionem quandam habet*, ita, ut penes quem illud symbolum deprehenditur, penes hunc quoque regula-

riter dominium rei sit. Huc pertinet *traditio instrumentorum*, ex quibus venditoris jus & Titulus dependet, die alte Lehnbrieffe/ Kauffbrieffe/die Inventaria, &c. *v. l. 1. C. de donat.* Mascard *de Probat. Vol. 3. Concl. 1184. n. 1.* Imò & per traditionem ipsius instrumenti, quod super præsenti contractui confectum est, possessio transferri potest, modò illi instrumento inseratur clausula: Daß der Verkäuffer zugleich vermittelst Uberreichung dieses Kauffbrieffes den Käuffer in den völligen Besitz des Hauses gesetzet haben wolle/ absque hac verò clausula per solam instrumenti noviter confecti traditionem possessio non transfertur, Carpzov *P. 2. C. 33. Def. 15.* Illustr. Stryk *Caut. Contr. sect. 2. c. 8. §. 22.*

Symbolica quoque traditio fit per *traditionem clavium in conspectu rei factam, l. 47. ff. de contrah. emt.* (Pacto tamen effici potest, ut etiam extra rei præsentiam ejusmodi traditio perficiatur, Id. *cit. c. 8. §. 22.*) Item per *impositionem signaculi, l. 14. §. 1. ff. de comm. & peric. rei vend.* (modò non sit res, quæ ad quantitatem, vel gustum vendita, *l. 1. §. 2. ff. h. d. tit.*) Item, *si Custos apponatur,* Id. *d. §. 22.*

*Scotatio*, (quæ in *c. 2. X. de consuet.* describitur, quod fiat ab eo, qui possessiones aliquas claustris, vel aliis locis religiosis pro remedio

medio peccatorum suorum vult conferre, *ita ut modicum terræ in manu vel extremitate pallii, quod manu Prælati Ecclesiæ sustinetur, adferat & super altare ponat, sub testimonio videntium & audientium)* apud nos hodie in usu amplius non est.

In Geldria *effestucatio* in usu est, Opdracht sive Transport/ quando venditor festucam, sive baculum manu tenens, eundem posteà abjicit ac emtori relinquit, simulque se possessione decedere declarat, Huber. *in prælect. ad J. de rer. divis. n. 4.* Dn. Beyer *Posit. ff. de act. emt. vend. pos. 18. ad 21.* sed ex ejusmodi festucæ abjectione apud nos iterum nulla possessionis translatio proflueret, quoniam apud nos hoc symbolum non est receptum.

Qualia symbola in investitura sive traditione feudi adhibeantur, illud ex jure feudali repetendum.

Interim, quantum ad usum attinet, ita tene: *quemcunque effectum habet traditio vera, illum quoque ficta post se trahit*, id est, utraque jus aliquod reale emtori, donatario, &c. tribuit, qui antea nudum saltem jus personale ex conventione acquisiverat.

E converso: *quicquid non potest transferri per traditionem veram, illud nec per fictam trans-*

*transferri concessum est.* Unde quemadmodum inter Conjuges donatio eamque subsequens vera rei donatæ traditio locum non invenit, ita nec fictè res donatas tradere licet, quoniam hoc in fraudem legis fieret, *v. l.3.§.pen.& ult.de donat.int.vir.& ux.*

Unde nihil interest, utrum verè, utrum per longam manum, brevem manum, an verò per symbolum traditio perficiatur, quod idem quoque ad illam fictæ traditionis speciem, *patientiam scilicet & exercitium*, est applicandum, per quam servitutes aliaque jura alteri conceduntur. Hæc scilicet in rebus incorporalibus idem præstat, quod vera in corporalibus præstare solet.

# LIB. XLI. TIT. II.

# De acquirenda vel amittenda possessione.

## DIST. I.

## Inter Possessionem *propriam & analogicam.*

PRopria de rebus corporalibus, *analogica* de incorporalibus prædicatur, ceterùm verò in effectu conveniunt, utra-

traque enim eandem præsumtionem producit, & eadem quoque remedia, quibus nos in possessione nostra tueri possumus.

## DISTINCT. II.
## Inter Possessionem *Naturalem* & *civilem*.

SI unquam aliàs vocabulum aliquod diversimodè accipitur, certè ejusmodi diversissima acceptio vocabulorum possessionis *naturalis* & *civilis* in jure nostro deprehenditur.

Scilicet possessio *naturalis* sumitur (1) pro nuda detentione, sive *pro actu mere physico*, quô sensu furiosus etiam possidere & possessionem inchoare potest, *l.1.§.5.ff.b.t.* item servus, *l.24.ff.eod.* & hoc modô accepta *possidenti nullum plane jus tribuit.*

Accipitur (2) *pro possessione effectum civilem habente*, non tamen dominium, sed aliud quid tribuente, quô nomine possidet Usufructuarius, *l.49.b.t.* item Creditor pignus, &c. *Hæc jus temporarium ejusque manutenentiam tribuit, non tamen ad usucapionem proficit.*

Accipitur (3) de eo casu, *si quis non solùm animum sibi habendi habet, sed simul etiam corpore suo rei incumbit,* v.g. si quis ædes emit

eas-

easque ipse inhabitat. Hæc *ad usucapionem sine dubio proficit, si justus titulus simul adest.*

Lauterbach *in Comp. ff. h. tit.* hasce tres acceptiones ita distinguit, *primam* vocat possessionem *naturalem in significatione lata: secundam* in significatione *stricta* ratione *formæ: tertiam* in eadem significatione *stricta* ratione *modi.*

Vocabulum *Civilis possessionis* adhibetur (1) *pro qualicunque possessione*, quæ non dominium, sed alium quendam titulum conjunctum habet, v. g. si quis *hypothecam*, vel *rem usufructuariam* possidet, hanc Lauterbach *civilem in significatione lata* appellat, anteà etiam *naturalis stricta ratione formæ* vocabatur, & *facultatem usucapiendi non tribuit*, quoniam titulo ad transferendum Dominium habili destituitur.

(2) adhibetur pro possessione, *quæ corporalem insistentiam conjunctam non habet*, sic v. g. *Locator, commodans, deponens*, civiliter possident, quamvis conductor, commodatarius & depositarius, rei actualiter incumbant. Stylô Lauterbachianô hæc *civilis stricta rationo modi* dicitur, & *eosdem effectus habet, qui illi tribuuntur, qui rei actu incumbit.*

Denique (3) civilis possessio dicitur, *quando*

*do non solùm quis naturaliter rei insistit, sed simul etiam animum domini habet.* Hæc *si bonam fidem conjunctam habet, facultatem usucapiendi tribuit,* non autem si quis malâ fide possessionem sibi arrogavit, v.g. fur, raptor, &c. Lauterbachio vocatur *civilis stricta ratione forma.*

Usus, præter ea, quæ jamjam singulis speciebus subjuncta fuerunt, etiam quoad theoriam deprehenditur, ne JCtos, qui vocabulô possessionis naturalis & civilis tàm diversimodè utuntur, statim sibi ipsis *quoad rem ipsam* contradixisse existimemus. In conclusionibus enim quoad effectum possessionis & facultatem usucapiendi ex possessione profluentem conveniunt, & in solis terminis ab invicem discedunt, quod in plerisque disciplinis aliis quotidie ita evenire solet, conf. Hahn *ad Wesenbec. h.t. num. 3. verb. Dicitur & alio sensu,* & sedula textuum evolutio hoc satis docere poterit.

DIST. III.

## Inter Possessionem *bonæ* & *malæ fidei.*

PRior requiritur, si quis per continuationem possessionis justô titulô munitæ dominium acquirere intendit, & quidem de jure Canonico, quod in praxi sequimur, per inte-

integrum tempus usu capionis, *c. fin. X. de præscript.* ubi quidem Papa, Innocentius III. Paulinum illud: *quod non ex fide, peccatum est,* contortè applicat, quippe quod non de fide aliqua intellectuali, quam JCti intelligunt, sed de fide in corde radicata loquitur; interim tamen res ipsa salva est; involveret enim furti moralis speciem, si alicui permitteretur, ut rem alienam scienter possidens eam nihilominus usucapere posset.

*Malæ fidei* possessio ad usucapionem non proficit, cum tamen nihilominus post se trahit effectum, ut in possessorio summariissimo quis manutenentiam consequatur, quoniam in hoc judicio de qualitate possessionis planè non disquiritur, sed de sola illa quæstione: *an aliquis possideat?*

## DIST. IV.

## Inter Possessionem *justam* & *injustam.*

J*Ustum* aliàs id vocari consvevit, quod cum Legibus *omni ex parte convenit*, & sic idem est, quod legitimum; *injustum* è contrario, quod voluntati Legislatoris *in totum repugnat.* Verùm ille significatus in præsenti quidem distinctione non indigitatur, sed *justa possessio* hic vocatur, quam quis *titulo* ad

*ad transferendum dominium habili* acquisivit, quæ tamen in eo Legibus non rarò contrariari potest, quod mala fide obtenta fuerit; *injusta* è contrario est, *ubi ejusmodi titulus deficit,* quamvis etiam bona fides adsit. Sic heres possidens rem, quæ antecessori defuncto commodata erat, eamque ad defunctum jure Dominii pertinuisse existimans, in b. f. quidem constitutus deprehenditur, sed nihilominus tamen possesio ipsius injustæ speciebus accensenda erit.

Possesio *justa*, si cetera concurrant, quæ à Legibus requiruntur, *possidenti facultatem usucapiendi tribuit*, injusta autem talem effectum post se non trahit.

## DIST. V.

## Inter Possesionem *propriam* & *analogicam.*

PRopria de rebus corporalibus, *impropria* autem de incorporalibus prædicari & per vocabulum: *quasi* denotari consvevit, ceterum tamen utriusque unus idemque est effectus.

# LIB. XLI. TIT. III.
# De Usurpationibus & Usucapionibus.

## DIST. I.
### Inter *Usucapionem* & *Præscriptionem.*

QUænam olim inter usucapionem & Præscriptionem fuerit differentia, de eo DD. alii jam fusè ante nos scripserunt, ut adeò illis immorari opus non videatur, præsertim cum ad scopum nostrum talia quoque non pertineant, conf. Hahn *ad Wesenbec. h.t. num.3. verb. Usucapio est.* Strauch *Diss. Justin.8. th.5. & 20.* Rævardus *in Triboniano, seu de veris Usucapionum differentiis adversus Tribonianum, c.5.6. & 10.* quem allegat Dn.Beyer-*Pos.ff. h.t. ab init.*

Nobis hæc monuisse sufficiat, quod Vocabulum *præscriptionis* hodie quidem usucapionem sub se comprehendat, vel, si mavis, ejusdem synonymum sit; quod tamen nihilominus ea adhuc observari soleat differentia, *ut de rebus incorporalibus sola præscriptio*

*ptio prædicetur*, non autem usucapio, unde incongruè haud dubiè faceret, qui actionem vel servitutem se usucepisse dicere vellet. Accedit hoc etiam, quod *usucapio semper & actionem & exceptionem producat*, non solùm enim tutum possessorem, sed & tutum dominum (post amissam possesionem) efficit, quod quidem in præscriptione *intuitu servitutum* eodem modô se habet, ubi actio confessoria post completum præscriptionis tempus præscribenti competit, verùm *intuitu actionum* sola exceptio ex præscriptione oritur.

Interim juxta observantiam fori tàm in usucapione, quàm in præscriptione *bona fides requiritur*, & sic hâc ratione iterum non differunt.

## DIST. II.

## Inter Corpora *unita, conjuncta & disjuncta* in materia usucapionis considerata.

UNitum Corpus Pomponius, principia Philosophiæ Stoicæ secutus, in *l. 36. pr. ff. h. t.* describit, quod unô spiritu constat, ut homo, tignum, lapis & similia, quam definitionem & Paulus approbat in *l. 23. §. 5. ff. de rei vind.* & statuam exempli locô ponit.

G 2 Con-

*Conjunctum* eſt, quod ex pluribus partibus cohærentibus, vel ſe contingentibus, componitur, ut domus, navis, armarium, *d.l.30.pr.h.t.*

*Disjunctum* autem *d. l.* vocatur, quod ex diſtantibus conſtat, ut corpora plura non ſoluta, ſed uni nomini ſubjecta, v.g. populus, Legio, grex.

*Unita* pro parte non uſucapiuntur, ſed ſimul integra acquiruntur, in *conjunctis* contra, hîc enim unam ego partem, v.g. ædium uſucapere poſſum, alter autem alteram, quô ſenſu intelligi debet, quod dicit Lauterbach *Comp.jur.h.t.re conjuncta tota acquiſita partes acquiſitas non eſſe*, ſi ſcilicet alius eas partes interim non minus animô ſibi habendi poſſedit, quam ego maximam partem, (vocem enim *totius*, quà utitur Lauterbach, pro maxima parte accipiendam eſſe exiſtimo) In dubio tamen, ſi talis poſſeſſio rei particularis à tertio doceri non poteſt, ille qui maximam partem uſucepit, etiam reliqua uſucepiſſe intelligitur. Et hîc ergò differentia inter *conjuncta* & *disjuncta* ſeſe exerit. Scilicet in disjunctis una v.g. ove poſſeſſa & uſucapta non ſtatim omnia reliqua corpora uſucapta ſunt, neque hic, qui omnium poſſeſſionem allegat, præſumptionem pro ſe habet, ſed ad probationem tenetur. Hæc

Hæc latent in effato Pomponii in *d.l.30. h.t.* quando dicit: *Primum genus* (unitorum) *in usucapione quæstionem non habere: secundum* (conjunctorum) *& tertium* (disjunctorum) *habere.*

# LIB. XLII. TIT. I.

# De Re judicata & effectu sententiarum & interlocutionibus.

## DIST. I.

## Inter Sententiam *interlocutoriam* & *definitivam.*

I*Nterlocutoriam* vocant, quæ punctum incidentem minùs principalem & ad decisionem causæ nihil conferentem determinat, v.g. quando Judex definit, an Cautio sit præstanda ab Actore, annon: an reliquæ exceptiones à Reo forsan oppositæ relevantes sint, annon? *definitivam* è contrario, quæ toti negotio principali finem imponit, Reum vel absolvendo vel condemnandô. Hinc quando judex pronunciat, Daß Beklagter sich auff die Klage / inmaßen sie an-

 bracht/

bracht/ vel noch zur Zeit/ vel alhie/einzulassen nicht schuldig/ interlocutoria; quando autem ita: Daß Beklagter sich auff die Klage einzulassen nicht schuldig/ vel daß Er von der wieder ihn angestelleten Klage zu entbinden/ sententia definitiva est.

Usum in eo ponunt. Sententiam *Interlocutoriam* Judex *retractare potest*, non vero definitivam, *l.14. 42. & 55. ff. h. t.* quia post sententiam hance latam semel officiô suô functus est, sive benè, sive malè hoc fecerit, quod in *cit. l.14. & 42.* de Prætoris sententia etiam dicitur, v. Gail. *lib. 1. obs. 81. num. 16.* Hoc tamen quoad usum fori aliter sese habere existimo. Quemadmodum enim Judex apud Romanos sententiam suam interlocutoriam *ob justas probabilesque causas*, non autem pro lubitu & quia placebat, mutare poterat, v. Mev. *P. 2. Dec. 374.* Brunnem. *ad l. 14. it. ff. h. t. num. 2.* ita quoque eadem mutandi & corrigendi potestas hodie nostris Judicibus *ex iis causis* quoad sententiam definitivam competit. Huc pertinet, quod Saxones per modum Leuterationis, Pomerani per restitutionem in integrum, Hamburgenses sub voce Revisionis & alibi per modum vel itidem Revisionis, vel Supplicationis, vel quocunque demùm alio titulo sen-

ſententias quaſcunque interlocutorias & definitivas *coram eodem Judice impugnent*, qui etiam non ſemper Acta ad extraneum Judicem transmittit, ſed ipſe ſæpius propriam ſententiam corrigit, cùm dedecus non ſit, conſilium in melius mutare, circumſtantiis rei melius perſpectis.

Porrò de jure Romano uſus præſentis diſtinctionis *ratione facultatis appellandi* ſeſe exſerebat. Scilicet *à ſententia definitiva quidem appellare permittitur, neutiquam verò ab interlocutoria, v. l. 2. C. de Epiſc. aud. l. 7. C. Quor. appell. recip. ibique Gothofred.* Sed de jure Canonico & moribus noſtris plerumque iterum contrarium obſervatur, & inter ſententiam definitivam atque interlocutoriam nulla ferè hôc intuitu ſtatuitur differentia. De jure Canonico v. *c. 10. & 12. X. de appellat.* De Praxi confer Rittershuſium *de differ. jur. civ. & canon. l. 5. c. 25.* Brunnemannum *Proc. Civ. cap. 28. num. 6. & 7.* qui tamen Cameram Imperialem jus civile ſequi teſtatur, (add. Gail. *l. 1. obſ. 129.*) & in Marchia Electorali idem obtinere aſſerit. Et nemo ſane diffiteri poteſt, non parùm prodeſſe illam juris Canonici diſpoſitionem hiſce, qui nihil niſi protractionem Proceſſuum meditantur, unde laudandi ſunt Prin-

 cipes,

cipes, qui jus Romanum in judiciis suis juri Canonico iterum præferunt.

Quamvis verò, uti dictum, Canones *ratione facultatis appellandi*, utramque sententiam, interlocutoriam & definitivam, sibi exæquaverint, differentiam tamen nihilominus adhuc *ratione modi appellandi* introduxerunt. Scilicet (1) à sententia *definitiva* alternativè, vel in scriptis, vel viva etiam voce aut stante pede appellare permissum est, sed verò ab *interlocutoria* si provocatur, hoc semper in scriptis fieri debet, *c. 1. de appellat. in 6.* (2) Quoties à sententia *definitiva* appellatur, toties, ut causæ appellationis exprimantur, præcisè necessarium non est; sed hoc iterùm in appellatione à sententia *interlocutoria* secus se habet, *d. c. 1. de appell. in 6.* Sed quid in judiciis nostris hîc observatur? Certè quod Brunnem. *loc. cit. num. 4.* dicit, *consuetudine introduci posse, ut quis vivâ voce ab interlocutoria appellare queat*, in plerisque locis introductum esse existimo, ut non solùm vivâ voce, sed quoque absque expressione causæ appellationis à sententiis interlocutoriis semper appelletur, nec memini unquam in Actis me legisse, quod ex hoc capite formalia appellationis eô casu impugnata fuerint.

DIST.

## DIST. II.

## Inter Sententiam interlocutoriam *ſimplicem* & *mixtam.*

SImplex eſt, quæ ſuper tali puncto profertur, ex quo cauſæ principali ne minimum quidem præjudicium imminet, v.g. in puncto cautionis, termini anguſti, libelli inepti, &c. ſive enim admiſſa fuerit ejusmodi exceptio per ſententiam interlocutoriam, ſive penitus rejecta, nihilominus tamen vel Actor in cauſa obtinere, vel Reus abſolutionem impetrare poteſt, ſi modò fundamentum actionis, vel exceptionis rectè ſeſe habeat.

*Mixta* autem dicitur, quæ ita comparata eſt, ut per neceſſariam conſequentiam ipſi cauſæ principali præjudicium faciat. Sic v. g. produco teſtem, vel inſtrumentum aliquod, tu excipis, teſtem prorſus eſſe inhabilem, vel inſtrumentum eſſe falſum, aut aliô vitio laborare, Judex pronunciat, nec teſtem, nec inſtrumentum eſſe admittendum, hic ſane talis interlocutoria toti cauſæ damnum irreparabile infert, quoniam ſi hic teſtis, vel hoc inſtrumentum admitti non debet, ego neceſſario cauſa cado, cum aliis

 teſti-

testibus, vel documentis planè destitutus sim. Idem est, si ex sententia interlocutoria aliud irreparabile damnum oriatur, quò pertinet exemplum in *l. 2. ff. de appell. recip. si quæstionem in civili negotio habendam Judex interlocutus sit, vel in criminali, si contra Leges hoc faciat.*

Usus in eo conspicitur juxta Leges Romanas. *Ab interlocutoria simplici non licet appellare, benè tamen à mixta,* utpote quæ quoad effectum inde profluentem definitivæ æquiparatur, *v. d. l. 2. ff. de appell.* Menoch. *l. 2. A. Q. cas. 490.* Scaccia *de appellat. qu. 17. limit. 4. membr. 1. num. 84. sequ.* Brunneman. *de Proc. civ. d. cap. 28, n. 2.* Verumenimverò postquam ad *Dist. præced.* dictum, quòd jure Canonico & moribus nostris ab omni interlocutoria appellari possit, hinc quoque præsentis distinctionis usus non adest, nisi in illis Provinciis, ubi *Canonum litigiosa inventio* iterum *explosa*, sunt verba cit. Brunneman. *d. l. n. 8.*

## DIST. III.

### Inter Sententiam contra jus in *thesi* & *in hypothesi.*

PRior, quæ etiam *contra jus Constitutionis* lata dici solet, directò contradicit dispositio-

sitioni Legislatoris & quando hic e.g. statuit, impuberem non posse testari, mulierem ex fidejussione, filiumfam. ex mutuo non obligari, tunc Judex nihilominus testamentum impuberis validum esse pronunciat, mulierem etiam & filiumfam. ad solvendum id, quod fidejubendo promiserat, vel mutuo acceperat, adstringit, &c.

*Posterior, contra jus partis* lata, non quidem Legibus contrariatur, in eo tamen à tramite recti recedit, quod Actis non diligenter perlustratis neque satis cognitis causæ momentis & sic præcipitanter prolata fuerit, v. g. quando disputant Partes, utrum testator impubes, vel utrum debitor mutuum accipiens filiusfamilias fuerit, & licet in Actis utrumque, ætas scilicet impubes & constitutio sub patria potestate, satis probatum, Judex tamen probationem tanquam non sufficientem rejicit, daß Kläger dasjenige / so ihm zubeweisen aufferleget / wie recht nicht erwiesen.

Posses etiam dicere, quod *prior* ex ignorantia juris, *posterior* ex ignorantia facti proveniat, & quod *priori* casu Judex in interpretando, *posteriori* autem in applicando potissimùm peccet.

Usus hic est. Sententia *contra jus in thesi lata* est ipsô jure nulla & intra 30. annos impu-

pugnari poteſt, ea verò, *quæ contra jus in hypotheſi*, quamvis etiam interdum nulla vocetur, intra 10. dies tamen per appellationem, vel aliud remedium eſt impugnanda, *l. 1. §. 2. ff. quæ ſent. ſine appell. l. 2. C. quand. prov. non eſt neceſſ.* v. Lauterbach *h. t.*

## DIST. IV.

## Inter *Sententiam* & *rem judicatam*.

SEntentiæ nomen à primo ſtatim momento competit pronunciato Judicis, *res judicata* autem tunc demum vocatur, quando fatalia, intra quæ impugnari poterat, elapſa ſunt, id eſt, regulariter poſt decendium, aut quando ſententia ex capite nullitatis impugnari poterat, poſt triginta annos. Quoad uſum nihil aliud adduci poteſt, quàm quod circa *ſententiam* adhuc quæſtio ſuperſit, *an benè, an malè illa lata fuerit*, quod fit in Leuteratione, appellatione, Reſtitutione, reviſione, ſupplicatione, &c. at verò intuitu *rei judicatæ* nihil amplius diſquiritur, quàm *an ita pronunciatum fuerit*. Quemadmodum enim de Legibus earumque qualitate non licet diſputare ſubditis, ita nec Partibus de qualitate rei judicatæ, unde dicitur, daß Urtheil habe die Krafft Rechtens beſchritten/ & quod res judicata ex nigro album & ex albo nigrum

grum faciat. Quamvis verò B. Brunnem. *ad l. 36. ff. fam. hercisc. n. 7.* piè moneat, rem judicatam esse vinculum juris civilis quod non stringit in conscientia & *ad l. 28. ff. de condict. indeb. n. 7. & 8.* item *in jur. Eccles. lib. 1. l. 6. membr. 1.* §. *19.* fore, ut in futuro seculo omnis res judicata rescindatur; in foro tamen externo aliquis compelli non potest, ut à commodo, quod ex re judicata habet, iterum discedat.

# LIB. XLII. TIT. II. De Confessis.

## DIST. I.

## Inter Confessionem *in jure* & *in judicio* factam.

Distinctio hæc, ut quilibet primò intuitu advertit, ex moribus Romanorum & distincto apud eos officio Prætoris & Judicis pedanei profluit. Et ergò, quia talis officiorum diversitas apud nos non amplius in usu est, usum quoque habere non potest. Volunt quidem communiter DD. ne nihil hîc dixisse videantur, dictam distinctionem ita applicare, ut confessio *in jure* apud nos sit, *quæ*

*ante*

*ante litem contestatam; in judicio* autem, *quæ post eam* facta est; verùm hoc malè applicari puto. Experientia enim quotidiana testatur, quod sive ante, sive post L. C. fiat confessio à Reo, indistinctè tamen decreto aliquo, aut quod hîc eodem recurrit, sententia opus sit, quia una eademque persona utroque tempore cognoscit, cujus utrobique etiam eadem est potestas.

## DIST. II.
## Inter Confessionem *judicialem* & *extrajudicialem.*

Hîc in effectu nihil interesse puto, nisi quod *confessio judicialis facilius probari possit, quàm quidem extrajudicialis*, quod ubique ita sese habet, quotiescunque judicialia extrajudicialibus opponuntur. Quamvis verò *extrajudicialem* confessionem semiplenæ tantùm probationi effectum tribuant nonnulli, v. Struv. *S. J. C. Ex. 44. th. 25.* nisi acceptata fuerit ab adversario, Zœsius *ad h. t. n. 15.* Schöpffer *Synopſ. jur. h. t. n. 10.* Rectius tamen adstruere videtur Lauterbach *h. t.* illam effectum plenarium habere etiam sine acceptatione, *modò aliàs plenè probari possit*, scriptura, vel testibus. Non obstat *l. 58. §. f. ff. de Ædil. Edict.* ad quam provocat

vocat Struvius. Casus enim ibi erat de confessione servi, qui se jam ante venditionem fugitivum fuisse confitebatur, & quæstio exinde oriebatur: an actio redhibitoria *contra dominum priorem vendentem ex confessione servi venditi* locum haberet? quam rectè negat JCtus, nobis autem in præsenti sermo est de eo casu, si *ex confessione propria contra ipsum confitentem* actio instituitur.

Itidem non obstat *c. fin. X. de success. ab intest.* ad quod porrò provocat Struvius *loc. cit.* Ibi enim Abbas confessus erat, alterum obtulisse bona sua monasterio, & ergò quæstio instituebatur, *an confessio in causa quodammodo propria nobis proficere & plenam probationem pro nobis facere posset?* quod rectè negatur in *d. c.* at verò nos quærimus: *an confessio nobis nocere & plenam probationem contra nos facere possit?* quam quæstionem nemo jure negare poterit. Tu saltem hìc observa, benevole Lector, ita sæpe à DD. etiam celebribus, adferri Leges & Canones ex utroque jure, qui tamen ipsis magis obsunt, quàm prosunt, unde non statim metuendus est allegationum cumulus.

DIST.

## DIST. III.

## Inter Confessionem *veram* & *fictam*.

F*icta* confessio ex continuata contumacia provenit, v. g. si documentum in contumaciam pro recognito habetur, vel in Saxonia lis pro affirmativè contestata accipitur, unde formula citandi apud Saxones, daß Beklagter *sub pœna confessi & convicti* sich auff die erhobene Klage einzulassen / und zu antworten schüldig. *Vera* vel ex verbis alterius, vel ex liquidis factis provenit.

Quoad *causas quidem civiles* inter utramque confessionem non deprehenditur differentia, sed executio tàm contra illum, qui fictè, quàm qui verè confessus est, decernitur; adest tamen usus hujus distinctionis quoad *causas criminales*, quippe in quibus condemnatio quidem *ex confessione vera* fieri potest, modò de corpore delicti constet, *v. l. 1. §. f. ff. de quæstion.* nunquam autem *ex ficta*, quippe quæ non est luce meridiana clarior, qualis in criminalibus requiritur.

LIB.

# Lib. XLII. Tit. IV. & V.

# Quibus ex caufis in poffeffionem eatur, & De rebus autoritate Judicis posfidendis vel venditis.

## DISTINCT. I.

### Inter Misfionem ex *primo* & *fecundo decreto*.

JUxta communem DD. explicationem *Misfio ex primo decreto* decerni folet *ob folam contumaciam alterius*, ut fcilicet tædiô compoffesfionis adfectus, veniat refponfurus, five pariturus: Aft *misfio ex fecundo decreto* nunquam fit *fine prævia caufæ cognitione*, *fed meritis caufæ perfpectis & excuffis* demum decernitur, v. Lauterbachium, Wefenbecium, Struvium, aliosque pasfim *ad h. t.*

*Prior* nudam cuftodiam tribuit, feu jus

compossidendi & ergo etiam in bona furiosi, pupilli & similium fieri potest; sed *posterior* jus dominii in casu de damno infecto, in reliquis autem jus vendendi & subhastandi bona debitoris tribuit, *v. cit. DD.* & ergò in bona eorum, qui sub Tutela vel Cura adhuc sunt constituti, fieri nullo modo potest.

Ita de jure Romano secundum DD. opinionem. Sed quæritur quid hodiè in praxi obtineat? Sanè quemadmodum non improbabilis est eorum opinio, qui asserunt, distinctionem inter missionem ex primo & secundo Decreto juxta LL. Romanas abstrahendo à DD. opinione nullibi, nisi in casu damni infecti, esse fundatam & in reliquis causis ex uno eodemque Prætorio Edicto & bona possessa & vendita fuisse, v. Schiffordegher *ad Ant. Fabr. de error. Pragmat. lib. 1. tract. 7.* Dn. Lic. Cellarius, adfinis noster conjunctissimus, *in Disp. inaug. de Process. jur. Rom. antiqu. cap. 3. num. ult.* cui quæstioni theoreticæ tamen in præsenti non immorabimur: ita quoque asserere nullus dubito, missionem ex primo & secundo decreto in foris Germaniæ nunquam receptam & frequentatam fuisse, cùm ad coercendam contumaciam alia apud nos remedia adhiberi

sole-

ſoleant, v. g. multæ indictio, perſonæ prehenſio, pignorum captio, unde ea miſſio, quæ apud nos poſt præcedentem rem judicatam decernitur, licet facultatem ſubhaſtandi & vendendi bona debitorum Creditoribus tribuat, ex ſecundo tamen decreto dici nequit, quia primum non præceſſit.

Jure Saxonico quidem Executio varios actus in ſe continet, nempe *executionem in ſpecie talem* & *immiſſionem*, de quibus fusè agit Svendendörff. *in not. ad Fibig. c. 2. §. 24.* ſed ſi quis eos cum diſtinctione inter primum & ſecundum decretum comparare vel planè exinde deducere vellet; is eodem defectu judicii laboraret, quàm alii, qui diſputant, an arreſtum Saxonicum pignus prætorium, an judicale tribuat, cum reverà ad neutrum referri poſſit.

# Lib. XLII. Tit. VI.
# De Separationibus.

## DISTINCT. I.
## Inter *veram* & *quaſi* Separationem.

Q*Uaſi Separationem* jam ſuprà deſcripſimus *lib. XIV. Tit. IV. pag. 10.* quod ſcilicet hodie ad eum caſum

pertineat, si quis mercator plures tabernas habet & aliquis hujus alter alterius intuitu speciatim credidit, & quod tunc quilibet quoad bona in illa taberna reperta, cujus intuitu contraxit ortô concursu Creditorum præferatur reliquis, qui aliarum tabernarum intuitu crediderunt.

Pertinet tamen ad *quasi separationem* etiam ille casus, si venditor vel ante, vel in ipsa traditione *hypothecam in re vendita sibi reservavit*, qui omnibus reliquis etiam hypothecam generalem anteriorem in Debitoris bonis habentibus præfertur, Carpzov. *P. 1. Const. 28. Def. 20.* Item *Creditores, qui intuitu peculii castrensis crediderunt*, possunt ejus peculii separationem petere à reliquis bonis & propterea præferuntur aliis Creditoribus, qui filio ante militiam crediderunt, *L. 1. §. 9. ff. h. t.* Brunneman. *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 13. ibique* Illustr. Stryk *in not.*

*Vera separationis* beneficium datur in eo casu, quando e. g. pater & filius brevi tempore unus post alterum mortuus uterque autem maximum æris alieni cumulum post se reliquit, tunc scilicet Creditores patris, quando vident, bona filii propriis ipsius Creditoribus non sufficere, separationem utriusque massæ bonorum hereditariorum petere

tere possunt, *v. l.1. §. 1. & t.t.ff.d.separat.* ita tamen, ut hoc intra quinquennium post aditionem numerandum fiat, & bona non sint ita commixta & confusa, ut separari planè non possint, *d. l.1. §.12. & 13. eod.*

Introductum est hoc beneficium *in gratiam Creditorum chirographariorum*, quibus enim hypotheca à Patre constituta fuit, illi quoque absque eodem creditoribus filii præferuntur, nisi forsan Creditores filii sint privilegiati, v.g impensæ funeris, dos uxoris, mercedes famulorum, &c. nam & tunc creditoribus paternis hypothecariis hoc beneficio opus est, nisi velint, ut bona ab ejusmodi Creditoribus filii sibi præripiatur, v. Brunneman. *l.c. §.12. ibique not.*

# LIB. XLII. TIT. VII.
# De Curatore bonis dando.

## DISTINCT. I.
### Inter Curatorem *bonorum* & *minoris, furiosi* &c.

AD Curam *minoris, furiosi, prodigi*, &c. *invitus aliquis compellitur*, nisi justas & in LL. approbatas causas

habeat, quia illa cura est munus publicum, *pr. J. de excus. Tutor.* quod in *Cura bonorum* secus, *l.2. §.3. ff. h.t.*

*Minores* &c. habent tacitam hypothecam in bonis Curatorum suorum, *l.20. C. de admin. tutor.* non autem *Creditores* in bonis Curatoris bonorum; nec *absentes*, nec *ab hostibus capti*, nec *heredes scripti de adeunda hereditate deliberantes*, quorum vice Curator interim bona administrat, *v.l.19. §.1. l.20. l.21. & l.22. ff. h.t.*

In eo tamen convenit utraque cura, quod inventarium sit conficiendum, satisdatio præstanda & jurandum de fideli bonorum administratione, Lauterbach *Comp. jur. h.t.* quamvis hodiè juramentum nec à minorum nec à bonorum Curatoribus exigi, sed Judex nuda promissione contentus esse soleat.

Sed utrum etiam in quæstione: *quis nam Curator esse possit*, ab una cura ad alteram valebit consequentia? *In dubio*, inquit Lauterbach *l. cit. valet argumentum ab illo* (minoris) *Curatore adhunc*, (curatorem bonorum,) *nisi ratio, vel juris dispositio obstet, quod fit e. g. quod Creditorum aliquis hic esse possit Curator l.2. §.4. h.t.* Hactenus benè. Sed ea non videntur adeò cohærere, quæ paulò ante

ante adducuntur, *quod scilicet nec minor, nec mulier curam bonorum gerere valeat.* Nam quod textus adductos attinet, *l.9.ff. de curat. furios. l.f.ff. de tutel. l.f. C. de legit. tut.* in illis nihil reperitur, ex quo assertum Lauterbachii stabiliri possit. Sed tamen ad identitatem rationis provocat Lauterbachius. Imò potius ego ad disparitatem provocarem. Minores, furiosi, prodigi & similes non gaudent ipsi judicio discretivo, ut sibi curatores constituere possint, & ergô quia constitutio ab aliis fieri debet, ab his tales personæ sunt constituendæ, quæ optimè rebus minorennium præesse possunt, aliàs enim ad rationes reddendas obstringerentur constituentes, *quod minori, furioso, &c. tanquam tertio præjudicium intulerint* per negligentiam suam; at verò Creditores ipsi Curatorem bonorum sibi eligunt, unde ipsis quoque liberum, qualem personam, an idoneam, an minus idoneam huic officio præficere velint, quis enim dubitaret, *Creditores sibi ipsis præjudicium inferre posse?* Convenit praxis cum nostra opinione, ubi haud raro viduæ debitoris administratio bonorum conceditur, v. Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c.1. §.11.*

## DIST. II.

## Inter *Curatorem bonorum* & *Contradictorem.*

DIversa hæc officia in Processu Concursus Creditorum locum suum inveniunt. Scilicet *Curator bonorum* bona ad massam Debitoris pertinentia administrat, fructus colligit, omniaque reliqua vice Debitoris expedit, unò verbò: *œconomiæ est præpositus*; at *Contradictor* nomine Debitoris absentis, vel mortui, instrumenta à Creditoribus producta recognoscit, & exceptiones pro re nata iisdem opponit, & sic *Processus curam gerit.* Sæpius tamen officium Curatoris bonorum & Contradictoris in una eademque persona concurrit, præsertim si bona ad concursum spectantia non adeò ampla sunt, ut eorum administratio integrum hominem requirat, *v. loc. cit.* §. *10.*

LIB.

# LIB. XLIII. TIT. I.
# De Interdictis, sive extraordinariis actionibus & quæ pro his competunt.

## DISTINCT. I.
### Inter *interdicta* & *actiones* (ordinarias.)

HÆc duo ab invicem quàm accuratissimè distinxisse, multum refert. Scilicet in *interdictis* solummodò ad *possessionem* provocatur, ea locò medii termini in libello ponitur & in conceptione sententiæ non rei, sed possessionis restituendæ mentio injicitur, quæ omnia in *actionibus* secus se habent, ubi statim in libello ad *jus* provocatur & de eo per integrum Processum disputatur.

Deinde in Interdictis, *processus non ita est prolixus* prout quidem in actionibus. Ita communiter, sed non absque justa causa quæritur, in quonam hoc demum sese exserat, cum in compendiis communiter altum de eo sit, silentium. Puta totam rem

 ad

ad hæc duo puncta recurrere *in actionibus quacunque exceptiones admittuntur*, etiamsi altioris indagini sint, unde si v.g. hereditatis petitionem instituo, Reus autem opponit, rem aliquam in hereditate repertam non pertinuisse ad defunctum, & ad testes provocat, expectandum est examen testium & antequam super depositione ab ejusmodi testibus facta cognovit Judex, ad sententiam definitivam non devenitur, quamvis aliquot anni prætereant. E contrario autem *in interdictis nullæ admittuntur exceptiones, nisi quæ in continenti, id est, per instrumenta, vel per jurisjurandi delationem probari possunt*, reliquæ ad reconventionem rejiciuntur, *v.l. ult. C. quor. bon.* Menoch. *remed. adipisc. poss. remed. 1. n. 103.*

II. *In actionibus admittuntur contra sententiam prolatam quæcunque remedia suspensiva*, sive ea sub nomine appellationis, Leuterationis, Revisionis, sive quocunque alio veniant; sed verò *in Interdictis remediis ejusmodi suspensivis locus planè non datur*, quod enim in illis amittatur, id facilè deinde per petitorium, vel si mavis, per reconventionem reparari potest, conf. Illustr. Dn. Stryk *de act. forens. invest. sect. 2. membr. 3. §. 9.*

DIST.

DIST. II.

## Inter Interdicta *adipiscendæ, retinendæ & recuperandæ possessionis.*

USus duplex est. Interdicta *retinendæ* possessionis cum judicio petitorio nunquam cumulari possunt, quoniam hoc contradictionem manifestam involueret, fundare se in possessione & tamen rei restitutionem simul petere. Sed quid de interdictis *adipiscendæ, vel recuperandæ possessionis?* De jure Canonico juxta *c.3. & sect. X. de caus. poss. & propr.* ut & de praxi cumulationem fieri posse concedit Lauterbach *Comp. jur. h.t.* de jure Civili autem negat per *l.1. C.de appell.* sed illa lex ei ne minimum quidem patrocinatur. *Prius de possessione pronunciare & ita crimen violentiæ excutere Præses Provinciæ debuit: quod cum non fecerit, justè ab eo provocatum est,* hæc sunt verba citatæ legis, ergò, infert Lauterbach, cumulatio interdicti recuperandæ possessionis cum petitorio non est permissa, sed quis hoc ex allegatis verbis inferret? Non obscurè potius ex lege colligitur, Actorem egisse interdictô unde Vi Reum autem dedominio excepisse & Judicem neglecto illo interdicto de dominio cognoscere voluisse, quo ipso

maxi-

maximum actori præjudicium inferebatur. Sed quid hoc ad casum, si Actor utrumque remedium simul cumulat? Alii aliter statum controversiæ ex *d. l. 1.* formant, de quibus v. Brunneman. *Comm. ad eand.* sed horum sententia, quamvis nobis non contradicat, minus tamen accurata esse videtur.

Deinde *Interdictum retinendæ possessionis adhuc favorabilis est, quam reliqua.* Vocatur enim *summariissimum*, quod prædicatum reliquis, quantum ego quidem memini, nullibi adsignatur. Et hoc nec libellum requirit, nec litis contestationem, nec solennem probationem, nec ordinariam etiam sententiam, sed quamprimùm Actor quocunque modô possessionem suam demonstravit, Judex quoque per modum nudi mandati (manutenentiæ vocant aliqui) integram causam definire potest. In reliquis autem Interdictis consvetus Processus observatur, duobus illis solùm exceptis de quibus modò dictum, scilicet ratione exceptionum altioris indaginis & beneficiorum suspensivorum.

## DIST. III.

## Inter Possessorium *summarium, possessorium ordinarium & petitorium.*

De

DE modo procedendi in possessorio *summario* (*summariissimo* & *momentaneo*, prout aliàs etiam vocatur), jamjam ad *Dist. præc.* diximus. Hoc nunc addendum erit, quod in eodem de hisce duabus quæstionibus solùm agatur: (1) *an quis possideat?* & (2) *quis juniorem & præsentem possessionem habeat?* ex quarum quæstionum decisione leviusculum saltem & momentaneum præjudicium in alterum, contra quem pronunciatur, redundat, unde profluit, quod exceptiones contra personas & dicta testium hîc non admittantur, sed recta viâ ad decisionem causæ progrediatur Judex, v. Menoch. *de retin. poss. remed. ult. n.6.* Gail. *1.obs.17.* Cludius *rer. quotid. cap.7. seq.* Posthius item Pfannkuch *in pecul. tract. de possessorio summariissimo.* Struv. *S. J. C. Ex. 45. th.173.*

In *possessorio ordinario* hæ quæstiones ventilari consveverunt: (1) *quomodo quis possideat*, an vi, clam, precario, an juste? (2) *quis in antiquiore possessione constitutus deprehendatur?* & hîc libello, litis contestatione & plenis probationibus opus est nec ratione modi procedendi ulla inter hoc possessorium & judicium petitorium adesse videtur differentia, Gail. *1. obs.7. n.2.* Struv. *loc.*

*loc. cit.* unde provenire existimo, quod sæpe litigantes posthabito illo statim ad petitorium sese conferre soleant.

In *petitorio* autem de *titulo possessionis* disquiritur, v.g. an aliquis jure emtionis, donationis, investituræ, &c. esse vel jure utatur. Et hoc petitorium effectum perpetuum tribuit, possessoria autem, sive summarium, sive ordinarium nomines, ad tempus saltem prosunt illi, in cujus gratiam sententia fertur. Potest tamen fieri, ut interdum etiam in hoc petitorio *de possessione* disputetur, de tali scilicet, quæ titulum producit, id est, quando quis tamdiu jam se in possessione fuisse asserit, ut *per præscriptionem* nunc tutus esse queat. Hoc ergò petitorium nihil aliud est, quàm in corporalibus rei vindicatio, in incorporalibus actio confessoria, &c.

Reliquæ distinctiones, quæ sub hoc titulo occurrere solent, v.g. inter interdicta *realia & personalia:* inter *simplicia & duplicia:* inter *prohibitoria, restitutoria, exhibitoria & mixta,* &c. nullam in praxi utilitatem præstare videntur, & hoc eò minùs quidem, quo ipsi DD. quoad explicationem nonnullorum, in specie interdictorum realium & personalium, nondum in theoria

inter

inter se conveniunt, v. quæ adducit Lauterbach. *Comp. jur b. t.*

# LIB. XLIII. TIT. XIIX.

# De Superficiebus.

## DISTINCT. I.

## Inter *Emphyteusin* & *superficiem.*

CUm de differentia genuina inter duas has dominii utilis species pauca communiter, ea tamen adhuc paululum obscurè tradi soleant, operæ pretium esse duxi, ut nonnulla hic de ea materia breviter adferrem.

Illud apud omnes fere deprehendes: *superficiarium superficiei quasi dominum esse, in ipso autem fundo nullum jus ei competere*, quŏ tamen gaudet emphyteuticarius, ad quem utrumque, & superficies & ipse fundus, pertinet.

Item: *superficiarium* solvere quotannis *solarium* den Grund/ sive Bodenzinß/ *emphyteuticarium* autem *canonem*, den Erbzinß.

Lauterbachius etiam in *Comp. jur. b. t.* superficiei jus juxta omnes causas, juxta objectum, subjectum, effectum, contraria, & quæ sunt

sunt ejusmodi bellaria alia, sollicitè resolvit; sed perlege omnia hæcce, & tunc responde, quid solatii exinde tibi obvenerit.

Deprehendit hunc defectum Dn. Beyer *Posit. ff. b. t. ab init.* & ergò, ut differentiam inveniret inter emphytevsin & superficiem, nonnullas conjecturas in medium profert, scilicet *emphytevsin ad solos agros, hortos, &c. superficiem verò ad sola ædificia pertinere*: item, *emphytevsin quondam ad solos fundos publicos, jus superficiarum autem ad fundos privatos pertinuisse*; sed ex hisce etiam conjecturis parum solatii oritur. Quis enim dubitaret, quin emphytevsis etiam ad ædificia pertineat? & posito, non concesso, quod emphytevsis olim ad solos fundos publicos pertinuerit, quid hoc ad nos, scire enim volebamus, quænam hodie possit dari differentia inter emphytevsin & superficiem? quæ ipse agnoscit Dn. Beyer, unde & sequentia verba addit: *eâ verò* (scilicet emphytevsi) *ad privatos extensâ, quæ differentia præter objectum supersit, hucusque ignoro*, item paulò antè: *se malle distinctè ostendi, quomodo jus superficiarium ab emphytevsi in effectu differat.*

An ergò & nos ignorabimus? Non quidem aliis prudentiores sumus, sed tentare tamen

tamen licebit, annon & nobis conjectura superſit, ex qua rei aliquod lumen accedere poſſit. Scilicet putamus DD. rectè aſſerere, *quod ſuperficiarius quaſi Dominium ſuperficiei, Emphyteυticarius autem ipſius fundi habeat*, ſed hoc ſaltem deſideramus, ut res ſubjunctô exemplo aliquo clarior reddatur. Ergò ſuperficiem ab emphyteυſi *intuitu emolumentorum* differre exiſtimamus. Emphyteυticarius omnia commoda percipit, ſive ex ſuperficie, ſive ex fundo proveniant, ſed ſuperficiarius ea ſaltem, quæ ſuperficies profert. Hinc ſi theſaurus inveniatur, ſi metallifodina, ſi ſalinæ detegantur, hæc omnia quidem ad emphyteυticarium pertinebunt, quia *in fundo* fuerunt, minimè autem ad ſuperficiarium, quia *ex ſuperficie* non proveniunt. Superficiario enim hoc ſaltem licitum eſt, ut in ſuperficie ædificare, plantare, ſerere, &c. & ex hac inædificatione, plantatione & inſitione commodum percipere poſſit, quæ autem *in fundo latent*, ad ipſum planè non ſpectant, unde emphyteυticarii conditio hôc intuitu potior eſt.

Denique & hæc notabilis admodùm eſt differentia, *quod emphyteυſis quidem ob canonem intra triennium non ſolutum amittatur, non autem ſuperficies*. Quamvis enim

Struvius *Jurispr. Rom. Germ. l.2. tit. 13. th. 13.* & alii etiam contrarium sustineant & superficiem pariter ut emphytevsin intra dictum tempus ob non solutum solarium amitti putent; ipsis tamen hæc in analogia juris Romani fundata regula obstat: *quod quotiescunque certa pœna in LL. expressa non est, toties solummodò ad interesse agi debeat.*

# LIB. XLIII. TIT. XX.
# De Aqua quotidiana & æstiva.

## DIST. I.
## Inter Aquam *quotidianam & æstivam.*

Quomodo quoad conceptum differant, exprimit Ulpianus in *l.1. §.3. ff. h.t. Quotidiana*, inquit, *ab æstiva usu differt, non jure. Quotidiana ea est, quæ duci assiduè solet vel æstivo tempore, vel hyberno; æstiva autem ea est, qua æstate sola uti expedit*, v.g. ad irrigandos hortos, & computatur æstas ab æquinoctio verno usque ad æquinoctium autumnale, ut sic senis mensibus æstas atque hyems dividatur, *d.l.1. 1.§. 32. h.t.*

Usum

Uſum in eo ponit Lauterbach *h.t.* quod *in Interdicto de aqua quotidiana* hoc ſaltem ratione fundamenti agendi probandum ſit, actorem in anno ante judicium acceptum hac ſervitute uſum fuiſſe, *etiam unico die vel nocte*, *l.1.* §.*4.ff. h.t.* In interdicto *de aqua æſtiva* autem requiri uſum *per ſex menſes* prioris æſtatis, *l.1.* §.*31. eod.* Verumenimverò ſi inſpicimus *d.*§.*31.* tunc in eo non deprehendimus, quod JCtus *uſum continuum per ſex menſes requirat*; ſed hoc ſaltem, actorem probare debere, quod præcedente æſtate in poſſeſſione vel quaſi fuerit, oppoſuit enim æſtatem hyemi, & hoc nihil proficere dixit, licet probare queam, me præcedente hyeme uſum fuiſſe.

Ergò nulla alia differentia remanebit, quàm hæc: *Quemadmodum in interdicto de aqua quotidiana probandum, quod actor præcedente anno aliquando, licet unica die vel nocte, ſervitute aquæductus uſus ſit: Ita in Interdicto de aqua æſtiva probari oportet, quod præcedente æſtate aliquando, licet unica die vel nocte, eundem uſum actor habuerit.*

# LIB. XLIV. TIT. I.
# De Exceptionibus, Præscriptionibus & Præjudiciis.

## DIST. I.
### Inter Exceptionem *Juris sive actionis* & *facti sive intentionis.*

VT accuratè hic procedamus, ante omnia monendum est, per exceptionem facti nos non intelligere *nudam negationem intentionis actoris*, sed *affirmationem novi facti*, quam inficiationem prægnantem dicunt. Si enim vocabulum *exceptionis* etiam de ejusmodi nuda negatione prædicaretur, apertæ exinde *negativæ litis contestationis* & *exceptionis* (rerum diversissimarum) confusio proflueret, (v. omninò Hilliger *ad Donell. l. 22. c. 1. lit. D.*) & tunc locum haberet, quod asserit Hahn *ad Wesenb. h.t. num. 2. voc. excipere, quod scilicet divisio illa, qua DD. exceptiones in juris seu juris agendi & facti sive intentionis dispescunt, non sit generis in species, sed vocabuli æquivoci in sua æquivocata,* addita ratione, *quoniam exceptiones facti non*

*sunt*

*sunt propriè exceptiones, seu exclusiones actionis, sed verè negationes.* Ergò hîc statim ab initio supponimus, exceptionem facti non consistere in nuda negatione, sed affirmationem simul involvere.

Sed quæritur nunc, quænam inter exceptiones juris & facti intercedat differentia? Communiter ita dicere solent DD. *Exceptio facti* est, quando quis nullam actori competere actionem affirmat: *exceptio juris* autem, quandò quidem fatetur Reus summo jure actori eandem competere, sed tamen illam per aliquam allegationem (tanquam iniquam) differri vel excludi subjungit, v. Brunneman. *Proc. Civ. c. 7. num. 1.* Lauterbach *Comp. Jur. h. t. ab init.* Struv. *S. J. C. Exerc. 46. thes. 4.* & alios plurimos, qui tamen in omnibus etiam inter se non conveniunt. Possem hîc latè excurrere & diversas interpretum definitiones corradere, sed scopus meus hoc non patitur, unde missis aliorum opinionibus illud saltem breviter adducam, quid ego de hac distinctione sentiam & primo quidem, quomodo eandem mihi concipiam.

Ita autem procedendum esse videtur. Defensiones Reorum apud Romanos vel descendebant *ex jure antiquo civili*, vel ex

postfacto demum *à Pratore* introductæ erant. Ex hac differentia inter jus civile & Prætorium simul etiam fundamentum distinctionis nostræ præsentis deducitur. Scilicet, si Reus se in æquitate juris Prætorii fundat, pro actore autem jus subtile vetus militat, tunc exceptio à Reo opposita *juris* vocari consvevit, id est, Reus dicit: *Tibi quidem jus aliquod strictum, summum & subtile competit, in quo actionem tuam fundare potes, sed illud jus est contra aquitatem*, ego itaque tibi exceptionem *juris*, id est, *juris subtilis* oppono. Hic ergò Actor *aliquem pratextum* habet.

Quod si verò actor ne quidem jus vetus subtile pro se allegare queat, & sic *nullum pratextum* instituendi actionem habeat, tunc exceptio *facti* vocatur, id est, Reus dicit: *Tibi nullum plane jus competit, sed tuam actionem de facto contra me instituis*.

Si dubitas, utrum hæc mea explicatio ad sensum juris Romani quadret, evolve *pr.* §. *1. & seqq. usque ad* §. *6. J. de except.* in quibus nonnullæ exceptionum species referuntur, quæ omnia ad exceptiones *juris* pertinent. Scilicet deprehenditur ibi exceptio *metus, doli, pacti, jurisjurandi, rei judicata &c.* & toties quoties repetitur, quod quamvis me-

metus, dolus, pactum, &c. intervenerit, nihilominus tamen adhuc competat actio *ipso jure (v. §. 5. J. d. t.)* sed quod simul tamen iniquum sit, reum eô nomine condemnari & propterea huic ejus intuitu exceptio concedatur.

Res ex comparatione fiet clarior. Sic *acceptilatione* non solùm, sed & *nudô pacto* tollitur obligatio, sed utrumque tamen medium tollendi obligationem non est ejusdem naturæ. Scilicet, si debitum *acceptilatione* tollitur, tunc Creditor ne minimum quidem prætextum retinet, quô uti posset, si debitum hôc modô remissum nihilominus adhuc petere vellet, acceptilatio enim est modus tollendi obligationem Legibus civilibus veteribus jam approbatus, unde & obligationem ipso iure tollere dicitur, v. Jul. Pacius *in anal. J. ad rubr. tit. quib. mod. oblig. toll.* ergò exceptio acceptilationis ad exceptiones *facti* referenda erit, id est, post acceptilationem Creditor de mero facto debitorem convenit. Contrarium in remissione debiti per *nudum pactum* facta obtinet. *Debitor*, (sunt verba §. 3. *J. de Except.*) *si pactus fuerit cum Creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omninò dis-*

 *sol-*

*loc. cit.* unde provenire existimo, quod sæpe litigantes posthabito illo statim ad petitorium sese conferre soleant.

In *petitorio* autem de *titulo possessionis* disquiritur, v.g. an aliquis jure emtionis, donationis, investituræ, &c. ea re vel jure utatur. Et hoc petitorium effectum perpetuum tribuit, possessoria autem, sive summarium, sive ordinarium nomines, ad tempus saltem prosunt illi, in cujus gratiam sententia fertur. Potest tamen fieri, ut interdum etiam in hoc petitorio *de possessione* disputetur, de tali scilicet, quæ titulum producit, id est, quando quis tamdiu jam se in possessione fuisse asserit, ut *per præscriptionem* nunc tutus esse queat. Hoc ergò petitorium nihil aliud est, quàm in corporalibus rei vindicatio, in incorporalibus actio confessoria, &c.

Reliquæ distinctiones, quæ sub hoc titulo occurrere solent, v.g. inter interdicta *realia & personalia*: inter *simplicia & duplicia*: inter *prohibitoria, restitutoria, exhibitoria & mixta*, &c. nullam in praxi utilitatem præstare videntur, & hoc eò minùs quidem, quo ipsi DD. quoad explicationem nonnullorum, in specie interdictorum realium & personalium, nondum in theoria

inter

inter se conveniunt, v. quæ adducit Lauterbach. *Comp. jur h. t.*

# LIB. XLIII. TIT. XIIX.

# De Superficiebus.

## DISTINCT. I.

### Inter *Emphytevsin* & *superficiem.*

CUm de differentia genuina inter duas has dominii utilis species pauca communiter, ea tamen adhuc paululum obscurè tradi soleant, operæ pretium esse duxi, ut nonnulla hic de ea materia breviter adferrem.

Illud apud omnes fere deprehendes: *superficiarium superficiei quasi dominum esse, in ipso autem fundo nullum jus ei competere*, quod tamen gaudet emphytevticarius, ad quem utrumque, & superficies & ipse fundus, pertinet.

Item: *superficiarium* solvere quotannis *solarium* den Grund/ sive Bodenzinß/ *emphytevticarium* autem *canonem*, den Erbzinß.

Lauterbachius etiam in *Comp. jur. b. t.* superficiei jus juxta omnes causas, juxta objectum, subjectum, effectum, contraria, & quæ sunt

sunt ejusmodi bellaria alia, sollicitè resolvit; sed perlege omnia haecce & tunc responde, quid solatii exinde tibi obvenerit.

Deprehendit hunc defectum Dn. Beyer *Posit. ff. h. t. ab init.* & ergò, ut differentiam inveniret inter emphytevsin & superficiem, nonnullas conjecturas in medium profert, scilicet *emphytevsin ad solos agros, hortos, &c. superficiem verò ad sola ædificia pertinere:* item, *emphytevsin quondam ad solos fundos publicos, jus superficiarum autem ad fundos privatos pertinuisse;* sed ex hisce etiam conjecturis parum solatii oritur. Quis enim dubitaret, quin emphytevsis etiam ad ædificia pertineat? & posito, non concesso, quod emphytevsis olim ad solos fundos publicos pertinuerit, quid hoc ad nos, scire enim volebamus, quænam hodie posit dari differentia inter emphytevsin & superficiem? quæ ipse agnoscit Dn. Beyer, unde & sequentia verba addit: *eâ vero* (scilicet emphytevsi) *ad privatos extensâ, quæ differentia præter objectum supersit, hucusque ignoro,* item paulò antè: *se malle distinctè ostendi, quomodo jus superficiarium ab emphytevsi in effectu differat.*

An ergò & nos ignorabimus? Non quidem aliis prudentiores sumus, sed tentare tamen

tamen licebit, annon & nobis conjectura supersit, ex qua rei aliquod lumen accedere possit. Scilicet putamus DD. rectè asserere, *quod superficiarius quasi Dominium superficiei, Emphyteuticarius autem ipsius fundi habeat*, sed hoc saltem desideramus, ut res subjunctô exemplo aliquo clarior reddatur. Ergò superficiem ab emphytevsi *intuitu emolumentorum* differre existimamus. Emphytevticarius omnia commoda percipit, sive ex superficie, sive ex fundo proveniant, sed superficiarius ea saltem, quæ superficies profert. Hinc si thesaurus inveniatur, si metallifodina, si salinæ detegantur, hæc omnia quidem ad emphytevticarium pertinebunt, quia *in fundo* fuerunt, minimè autem ad superficiarium, quia *ex superficie* non proveniunt. Superficiario enim hoc saltem licitum est, ut in superficie ædificare, plantare, serere, &c. & ex hac inædificatione, plantatione & insitione commodum percipere possit, quæ autem *in fundo latent*, ad ipsum planè non spectant, unde emphytevticarii conditio hôc intuitu potior est.

Denique & hæc notabilis admodùm est differentia, *quod emphytevsis quidem ob canonem intra triennium non solutum amittatur, non autem superficies.* Quamvis enim

Struvius *Jurispr. Rom. Germ. l.2. tit.13. th.13.* & alii etiam contrarium sustineant & superficiem pariter ut emphytevsin intra dictum tempus ob non solutum solarium amitti putent; ipsis tamen hæc in analogia juris Romani fundata regula obstat: *quod quotiescunque certa pœna in LL. expressa non est, toties solummodò ad interesse agi debeat.*

# LIB. XLIII. TIT. XX.
# De Aqua quotidiana & æstiva.

## DIST. I.
## Inter Aquam *quotidianam & æstivam.*

Quomodo quoad conceptum differant, exprimit Ulpianus in *l.1.* §.3. *ff. h.t. Quotidiana*, inquit, *ab æstiva usu differt, non jure. Quotidiana ea est, qua duci assiduè solet vel æstivo tempore, vel hyberno; æstiva autem ea est, qua æstate sola uti expedit*, v.g. ad irrigandos hortos, & computatur æstas ab æquinoctio verno usque ad æquinoctium autumnale, ut sic senis mensibus æstas atque hyems dividatur, *d.l.1. 1.§.32. h.t.*

Usum

Uſum in eo ponit Lauterbach *h.t.* quod *in Interdicto de aqua quotidiana* hoc ſaltem ratione fundamenti agendi probandum ſit, actorem in anno ante judicium acceptum hac ſervitute uſum fuiſſe, *etiam unico die vel nocte*, *l.1.* §.*4.ff. h.t.* In interdicto *de aqua æſtiva* autem requiri uſum *per ſex menſes* prioris æſtatis, *l.1.*§.*31. eod.* Verumenimverò ſi inſpicimus *d.*§.*31.* tunc in eo non deprehendimus, quod JCtus *uſum continuum per ſex menſes requirat*; ſed hoc ſaltem, actorem probare debere, quod præcedente æſtate in poſſeſſione vel quaſi fuerit, oppoſuit enim æſtatem hyemi, & hoc nihil proficere dixit, licet probare queam, me præcedente hyeme uſum fuiſſe.

Ergò nulla alia differentia remanebit, quàm hæc: *Quemadmodum in interdicto de aqua quotidiana probandum, quod actor præcedente anno aliquando, licet unica die vel nocte, ſervitute aquæductus uſus ſit: Ita in Interdicto de aqua æſtiva probari oportet, quod præcedente æſtate aliquando, licet unica die vel nocte, eundem uſum actor habuerit.*

# LIB. XLIV. TIT. I.
# De Exceptionibus, Præscriptionibus & Præjudiciis.

## DIST. I.
## Inter Exceptionem *Juris sive actionis* & *facti sive intentionis*.

Ut accuratè hic procedamus, ante omnia monendum est, per exceptionem facti nos non intelligere *nudam negationem intentionis actoris*, sed *affirmationem novi facti*, quam inficiationem prægnantem dicunt. Si enim vocabulum *exceptionis* etiam de ejusmodi nuda negatione prædicaretur, apertæ exinde *negativæ litis contestationis* & *exceptionis* (rerum diversissimarum) confusio proflueret, (v. omninò Hilliger *ad Donell. l. 22. c. 1. lit. D.*) & tunc locum haberet, quod asserit Hahn *ad Westnb. h.t. num. 2. voc. excipere, quod scilicet divisio illa, quâ DD. exceptiones in juris seu juris agendi & facti sive intentionis dispescunt, non sit generis in species, sed vocabuli æquivoci in sua æquivocata*, addita ratione, *quoniam exceptiones facti non sunt*

*ſunt propriè exceptiones, ſeu excluſiones actionis, ſed verè negationes.* Ergò hîc ſtatim ab initio ſupponimus, exceptionem facti non conſiſtere in nuda negatione, ſed affirmationem ſimul involvere.

Sed quæritur nunc, quænam inter exceptiones juris & facti intercedat differentia? Communiter ita dicere ſolent DD. *Exceptio facti* eſt, quando quis nullam actori competere actionem affirmat: *exceptio juris* autem, quando quidem fatetur Reus ſummo jure actori eandem competere, ſed tamen illam per aliquam allegationem (tanquam iniquam) differri vel excludi ſubjungit, v. Brunneman. *Proc. Civ. c. 7. num. 1.* Lauterbach *Comp. Jur. h. t. ab init.* Struv. *S. J. C. Exerc. 46. theſ. 4.* & alios plurimos, qui tamen in omnibus etiam inter ſe non conveniunt. Poſſem hîc latè excurrere & diverſas interpretum definitiones corradere, ſed ſcopus meus hoc non patitur, unde miſſis aliorum opinionibus illud ſaltem breviter adducam, quid ego de hac diſtinctione ſentiam & primo quidem, quomodo eandem mihi concipiam.

Ita autem procedendum eſſe videtur. Defenſiones Reorum apud Romanos vel deſcendebant *ex jure antiquo civili*, vel ex

metus, dolus, pactum, &c. intervenerit, nihilominus tamen adhuc competat actio *ipso jure (v. §. 5. J. d. t.)* sed quod simul tamen iniquum sit, reum eô nomine condemnari & propterea huic ejus intuitu exceptio concedatur.

Res ex comparatione fiet clarior. Sic *acceptilatione* non solùm, sed & *nudô pacto* tollitur obligatio, sed utrumque tamen medium tollendi obligationem non est ejusdem naturæ. Scilicet, si debitum *acceptilatione* tollitur, tunc Creditor ne minimum quidem prætextum retinet, quô uti posset, si debitum hôc modô remissum nihilominus adhuc petere vellet, acceptilatio enim est modus tollendi obligationem Legibus civilibus veteribus jam approbatus, unde & obligationem ipso iure tollere dicitur, v. Jul. Pacius *in anal. J. ad rubr. tit. quib. mod. oblig. toll.* ergò exceptio acceptilationis ad exceptiones *facti* referenda erit, id est, post acceptilationem Creditor de mero facto debitorem convenit. Contrarium in remissione debiti per *nudum pactum* facta obtinet. *Debitor*, (sunt verba §. 3. J. de Except.) *si pactus fuerit cum Creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omninò dis-*

 *sol-*

*solvuntur, qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si apparet eum dare oportere; sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.* Ergò exceptio pacti ad exceptiones juris referenda erit, id est, Creditor post illud pactum adhuc aliquid juris retinet, & sic de mero facto debitorem non convenit, v. Pacius *loc. prox. cit.*

Sic si quis *in contractu b. fidei dolo* adversarii deceptus fuerit, exceptio eô nomine decepto competens, *facti* appellabitur, quia nec leges Romanæ subtiles Creditori hoc casu adsistunt, sed contractum invalidum pronunciant, *v. l. 16. §. 1. ff. de minor.* At si *dolus in contractu stricti juris* admissus, secundum jus subtile vetus contractus subsistit, (v. quæ diximus ad *tit. de dolo malo*) æquitati tamen repugnat & sic exceptio *juris* conceditur, *v. l. 36. ff. de V. O. ibique Gothofredum in notis.*

Hæc pro explicanda distinctione præsenti adduxisse sufficiat. Ceterum verò quod usum practicum attinet, omninò nullum hîc adesse puto, nisus autoritate Pauli, qui, licet admodum subtilis aliàs fuerit, suo tamen jam tempore ingenuè fassus est in *l. 112. ff. de R. J. nihil interesse, ipso jure quis actionem*

nem

*nem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Quemadmodum enim exceptiones juris in judicio allegandæ, ita quoque exceptiones facti. Et hæ & illæ ab allegante sunt probandæ, modus etiam opponendi non minùs quam tempus, quô in Processu opponuntur, in omnibus conveniunt, & ergò, ut duobus verbis me expediam, nihil remanet, in quo differentia aliqua diversum effectum producens ostendi posset.

Putat equidem B. Brunneman. *Proc. Civ. c.7. n.1.* in eo usum aliquem latitare, *ut scilicet sciamus, quæ exceptio per Statuta videatur exclusa*, si nempe Statutum aliquod adsit, quod omnes exceptiones removendas esse jubeat, & in *repetit. paratitl. Wesenbec. h.t. qu.2.* porro addit, ejusmodi Statutum de exceptionibus propriè sic dictis, id est, prout ex *quæst. præc. 1.* patet, de exceptionibus *juris* intelligi debere; verumenimverò unde hæc assertio ex jure probari possit, nondum video. Quoniam enim exceptiones juris tali actioni opponuntur, quæ mero jure subtili nititur & iniquitatem aliquam involvit, *v. tit. J. de Except.* non video sane rationem, ob quam Statutum in dubio ejusmodi potius exceptiones iniquitatem tollentes, quàm alias, tollere maluerit, unde melius forsan

sunt ejusmodi bellaria alia, sollicitè resolvit; sed perlege omnia hæcce, & tunc responde, quid solatii exinde tibi obvenerit.

Deprehendit hunc defectum Dn. Beyer *Posit. ff. h. t. ab init.* & ergò, ut differentiam inveniret inter emphytevsin & superficiem, nonnullas conjecturas in medium profert, scilicet *emphytevsin ad solos agros, hortos, &c. superficiem verò ad sola ædificia pertinere:* item, *emphytevsin quondam ad solos fundos publicos, jus superficiarum autem ad fundos privatos pertinuisse;* sed ex hisce etiam conjecturis parum solatii oritur. Quis enim dubitaret, quin emphytevsis etiam ad ædificia pertineat? & posito, non concesso, quod emphytevsis olim ad solos fundos publicos pertinuerit, quid hoc ad nos, scire enim volebamus, quænam hodie possit dari differentia inter emphytevsin & superficiem? quæ ipse agnoscit Dn. Beyer, unde & sequentia verba addit: *eâ verò* (scilicet emphytevsi) *ad privatos extensâ, quæ differentia præter objectum supersit, hucusque ignoro,* item paulò antè: *se malle distinctè ostendi, quomodo jus superficiarium ab emphytevsi in effectu differat.*

An ergò & nos ignorabimus? Non quidem aliis prudentiores sumus, sed tentare tamen

tamen licebit, annon & nobis conjectura superſit, ex qua rei aliquod lumen accedere poſſit. Scilicet putamus DD. rectè aſſerere, *quod ſuperficiarius quaſi Dominium ſuperficiei, Emphyteuticarius autem ipſius fundi habeat*, ſed hoc ſaltem deſideramus, ut res ſubjunctô exemplo aliquo clarior reddatur. Ergò ſuperficiem ab emphyteuſi *intuitu emolumentorum* differre exiſtimamus. Emphyteuticarius omnia commoda percipit, ſive ex ſuperficie, ſive ex fundo proveniant, ſed ſuperficiarius ea ſaltem, quæ ſuperficies profert. Hinc ſi theſaurus inveniatur, ſi metallifodina, ſi ſalinæ detegantur, hæc omnia quidem ad emphyteuticarium pertinebunt, quia *in fundo* fuerunt, minimè autem ad ſuperficiarium, quia *ex ſuperficie* non proveniunt. Superficiario enim hoc ſaltem licitum eſt, ut in ſuperficie ædificare, plantare, ſerere, &c. & ex hac inædificatione, plantatione & inſitione commodum percipere poſſit, quæ autem *in fundo latent*, ad ipſum planè non ſpectant, unde emphyteuticarii conditio hôc intuitu potior eſt.

Denique & hæc notabilis admodùm eſt differentia, *quod emphyteuſis quidem ob canonem intra triennium non ſolutum amittatur, non autem ſuperficies*. Quamvis enim

Struvius *Jurispr. Rom. Germ. l.2. tit. 13. th. 13.* & alii etiam contrarium ſuſtineant & ſuperficiem pariter ut emphyteuſin intra dictum tempus ob non ſolutum ſolarium amitti putent; ipſis tamen hæc in analogia juris Romani fundata regula obſtat: *quod quotiescunque certa pœna in LL. expreſſa non eſt, toties ſolummodò ad intereſſe agi debeat.*

# Lib. XLIII. Tit. XX.
# De Aqua quotidiana & æſtiva.

## DIST. I.
### Inter Aquam *quotidianam* & *æſtivam.*

Quomodo quoad conceptum differant, exprimit Ulpianus in *l.1. §.3. ff. h.t. Quotidiana*, inquit, *ab æſtiva uſu differt, non jure. Quotidiana ea eſt, quæ duci aſſiduè ſolet vel æſtivo tempore, vel hyberno; æſtiva autem ea eſt, qua æſtate ſola uti expedit,* v.g. ad irrigandos hortos, & computatur æſtas ab æquinoctio verno usque ad æquinoctium autumnale, ut ſic ſenis menſibus æſtas atque hyems dividatur, *d.l.1. 1.§. 32. h.t.*

Uſum

Usum in eo ponit Lauterbach *h.t.* quod *in Interdicto de aqua quotidiana* hoc saltem ratione fundamenti agendi probandum sit, actorem in anno ante judicium acceptum hac servitute usum fuisse, *etiam unico die vel nocte*, *l.1.* §.4. *ff.* *h.t.* In interdicto *de aqua æstiva* autem requiri usum *per sex menses* prioris æstatis, *l.1.* §.31. *eod.* Verumenimverò si inspicimus *d.* §.31. tunc in eo non deprehendimus, quod JCtus *usum continuum per sex menses requirat*; sed hoc saltem, actorem probare debere, quod præcedente æstate in possessione vel quasi fuerit, opposuit enim æstatem hyemi, & hoc nihil proficere dixit, licet probare queam, me præcedente hyeme usum fuisse.

Ergò nulla alia differentia remanebit, quàm hæc: *Quemadmodum in interdicto de aqua quotidiana probandum, quod actor præcedente anno aliquando, licet unica die vel nocte, servitute aquæductus usus sit: Ita in Interdicto de aqua æstiva probari oportet, quod præcedente æstate aliquando, licet unica die vel nocte, eundem usum actor habuerit.*

# LIB. XLIV. TIT. I.
# De Exceptionibus, Præſcriptionibus & Præjudiciis.

## DIST. I.
## Inter Exceptionem *Juris ſive actionis* & *facti ſive intentionis*.

VT accuratè hic procedamus, ante omnia monendum eſt, per exceptionem facti nos non intelligere *nudam negationem intentionis actoris*, ſed *affirmationem novi facti*, quam inficiationem prægnantem dicunt. Si enim vocabulum *exceptionis* etiam de ejusmodi nuda negatione prædicaretur, apertæ exinde *negativæ litis conteſtationis* & *exceptionis* (rerum diverſiſſimarum) confuſio proflueret, (v. omninò Hilliger *ad Donell. l. 22. c. 1. lit. D.*) & tunc locum haberet, quod aſſerit Hahn *ad Weſenb. h. t. num. 2. voc. excipere, quod ſcilicet diviſio illa, qua DD. exceptiones in juris ſeu juris agendi & facti ſive intentionis diſpeſcunt, non ſit generis in ſpecies, ſed vocabuli æquivoci in ſua æquivocata,* addita ratione, *quoniam exceptiones facti non ſunt*

*ſunt propriè exceptiones, ſeu excluſiones actionis, ſed verè negationes.* Ergò hîc ſtatim ab initio ſupponimus, exceptionem facti non conſiſtere in nuda negatione, ſed affirmationem ſimul involvere.

Sed quæritur nunc, quænam inter exceptiones juris & facti intercedat differentia? Commuuiter ita dicere ſolent DD. *Exceptio facti* eſt, quando quis nullam actori competere actionem affirmat: *exceptio juris* autem, quando quidem fatetur Reus ſummo jure actori eandem competere, ſed tamen illam per aliquam allegationem (tanquam iniquam) differri vel excludi ſubjungit, v. Brunneman. *Proc. Civ. c. 7. num. 1.* Lauterbach *Comp. Jur. h. t. ab init.* Struv. *S. J. C. Exerc. 46. theſ. 4.* & alios plurimos, qui tamen in omnibus etiam inter ſe non conveniunt. Poſſem hîc latè excurrere & diverſas interpretum definitiones corradere, ſed ſcopus meus hoc non patitur, unde miſſis aliorum opinionibus illud ſaltem breviter adducam, quid ego de hac diſtinctione ſentiam & primo quidem, quomodo eandem mihi concipiam.

Ita autem procedendum eſſe videtur. Defenſiones Reorum apud Romanos vel deſcendebant *ex jure antiquo civili*, vel ex

metus, dolus, pactum, &c. intervenerit, nihilominus tamen adhuc competat actio *ipso jure (v. §. 5. J. d. t.)* sed quod simul tamen iniquum sit, reum eô nomine condemnari & propterea huic ejus intuitu exceptio concedatur.

Res ex comparatione fiet clarior. Sic *acceptilatione* non solùm, sed & *nudô pacto* tollitur obligatio, sed utrumque tamen medium tollendi obligationem non est ejusdem naturæ. Scilicet, si debitum *acceptilatione* tollitur, tunc Creditor ne minimum quidem prætextum retinet, quô uti posset, si debitum hôc modô remissum nihilominus adhuc petere vellet, acceptilatio enim est modus tollendi obligationem Legibus civilibus veteribus jam approbatus, unde & obligationem ipso jure tollere dicitur, v. Jul. Pacius *in anal. J. ad rubr. tit. quib. mod. oblig. toll.* ergò exceptio acceptilationis ad exceptiones *facti* referenda erit, id est, post acceptilationem Creditor de mero facto debitorem convenit. Contrarium in remissione debiti per *nudum pactum* facta obtinet. *Debitor*, (sunt verba §. 3. *J. de Except.*) *si pactus fuerit cum Creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omninò dis-*

 *sol-*

*nem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Quemadmodum enim exceptiones juris in judicio allegandæ, ita quoque exceptiones facti. Et hæ & illæ ab allegante sunt probandæ; modus etiam opponendi non minus quam tempus, quô in Processu opponuntur, in omnibus conveniunt, & ergò, ut duobus verbis me expediam, nihil remanet, in quo differentia aliqua diversum effectum producens ostendi possit.

Putat equidem B. Brunneman. *Proc. Civ. c.7, n.1.* in eo usum aliquem latitare, *ut scilicet sciamus, quæ exceptio per Statuta videatur exclusa*, si nempe Statutum aliquod adsit, quod omnes exceptiones removendas esse jubeat, &in *repetit. paratitl. Wesenbec. b.t. qu.2.* porro addit, ejusmodi Statutum de exceptionibus propriè sic dictis, id est, prout ex *quæst. præc. 1.* patet, de exceptionibus *juris* intelligi debere; verumenimverò unde hæc assertio ex jure probari possit, nondum video. Quoniam enim exceptiones juris tali actioni opponuntur, quæ mero jure subtili nititur & iniquitatem aliquam involvit, *v. tit. J. de Except.* non video sane rationem, ob quam Statutum in dubio ejusmodi potius exceptiones iniquitatem tollentes, quàm alias, tollere maluerit, unde melius forsan

erit, si tale Statutum cum eodem Autore de exceptionibus, quæ in continenti probari non possunt, accipiamus.

DIST. II.

## Inter Exceptiones *nominatas* & *innominatas*.

NOminatæ sunt, quæ certum nomen habent, e.g. solutionis compensationis, erroris, excussionis, &c. *innominatæ*, quæ eo destituuntur, quò casu ad exceptionem in factum, vel doli generalem recurritur, inter utramque tamen in effectu nihil interest.

DIST. III.

## Inter Exceptiones *Prætorias* & *civiles*.

NEque hic apparet usus aliquis. Quicquid enim de exceptionibus, quæ ex jure civili oriuntur, v.g. solutionis, SCti Macedoniani Vellejani, &c. prædicari potest, illud eodem modo etiam ad Prætorias, v.g. doli, metus, pacti, rei judicatæ &c. pertinet.

DIST. IV.

## Inter Exceptiones *dilatorias* & *peremtorias*.

HIc usus in eo sese exerit: *Exceptiones dilatoriæ ante litem contestatam regulariter*

*in*

*in judicio opponi debent, peremtoria autem post eandem.*

Exceptio est quoad *dilatorias*, quod post litis contestationem adhuc opponi queant, si post eam demùm ortæ, aut Reus eas ignoraverit, quod juramento est asserendum, aut judicium nullum reddant, v.g. exceptio legitimationis, aut gravamen successivum respiciant, v.g. loci non tuti, termini nimis angusti &c. quoad *peremtorias* autem, quod hæ illo casu ante litis contestationem opponi possint, si in continenti sint liquidæ, de qua regula & exceptionibus fusè agit non solum Lauterbach *Comp. Jur. h.t.* sed & DD. communiter *ad h.t.* v. in specie illustr. Stryk *introd. ad prax. Cap. 9. §. 2. & 3. & c. 16. §. 1. & 2.*

## DIST. V.
## Inter Exceptiones *personales* & *reales*.

PErsonales, v.g. competentiæ, fori privilegiati, cessionis bonorum, &c. nec heredibus excipientis prosunt, nec ejus fidejussoribus, sed soli excipienti; *reales* è contrario ad hos omnes quoque pertinent, v.g. exceptio solutionis, compensationis, metus, doli, &c. *l. 7. ff. h. t.* Addit adhuc tertiam speci-

speciem, exceptionem *mixtam* scilicet, Lauterbach *b.t.* & eò refert exceptionem restitutionis ex causa ætatis, quæ in eo à realibus recedit, quod ad heredes quidem transmittatur, non tamen fidejussoribus competat, nisi læsio dolo adversarii minorenni illata fuerit, *v. l. 13. pr. ff. de minor.* & *l. 1. & 2. C. si advers. fidejussor.*

# LIB. XLIV. TIT. VII.
# De Obligationibus & Actionibus.

## DISTINCT. I.
## Inter Obligationem *naturalem*, *civilem* & *mixtam*.

HÆc distinctio ex sequenti fundamento profluit: Jus naturæ & jus civile Romanorum interdum sibi mutuò *adsistunt*, interdum verò alterum ab altero *recedit*. *Priori* casu DD. vocant obligationem mixtam, ex qua & actio & exceptio cum effectu institui & opponi potest, v. g. ut quis ex emto, locato, commodato, &c. obligetur. *Posteriori* casu subdistinguendum est. Aut scilicet *jus naturæ deserit jus*

*jus civile Romanum*, aut *deseritur ab illo; priori* casu vocatur obligatio *civilis*, id est, ex ex mero jure civili proveniens, v. g. ex negotio coacto, aut ex promisſione dolô alterius emanata in contractibus ſtricti juris, &c. *& hæc nec actionem efficacem producit*, (Prætor enim Reo ex tali negotio convento exceptionem ſuppeditat, quâ probata actio inſtituta corruit, *v. ſuprà tit de Except. diſt. I.*) nec *exceptionem*, quia & ad reſtitutionem rei ex tali obligatione acceptæ accipiens obſtringitur; *poſteriori* dicitur obligatio *naturalis*, quæ hunc effectum habet, *ut exceptionem producat*, v. g. obligatio ex nudo pacto, &c. v. Lauterbach. *h. t.* Poſtquam tamen hodie ex nudo pacto actio conceditur, inter obligationem naturalem & mixtam non amplius erit differrentia.

## DIST. II.

## Inter Obligationem naturalem *plenam* & *minus plenam*.

P*Lena*, ut modô dictum, etiam de jure Romano exceptionem, & juxta mores noſtros actionem producit; Sed *minus plena*, nec actionem, nec exceptionem, comprehendit enim ſub ſe officia humanitatis & amoris, v. g. ad beneficiendum pauperibus,

ad

ad remunerationem,&c. Sed hæc officia omnem omninò coactionem respuunt, quia amor liberrimus esse debet. Et hinc est, quod rectè asserunt DD. Donatarium, qui doni oblitus se mutuum accepisse, vel ex alia necessaria causa obligatum esse credebat & tantundem reddebat donanti, quantum ab eo antea acceperat donationis titulo, non obstante obligatione ad antidora solutum repetere posse, v. ex multis unus Bachovius *de action. Disp. 4. th. 16. vers. & hinc decidenda.*

Effertur hæc distinctio aliàs etiam per Vocem *perfectæ* & *imperfectæ* obligationis, quibus respondet *jus perfectum* & *imperfectum.* Impugnant quidem nonnulli eandem & obligationem imperfectam pariter & jus imperfectum nomen obligationis & juris planè non mereri adstruunt; sed hi solùm ad *obligationem extrinsecam* & *jus extrinsecum* respiciunt, quin verò in foro intrinseco talis obligatio suos effectus habeat, de eo forsan nemo jure dubitare poterit.

## DIST. III.

## Inter Obligationem *civilem* & *Prætoriam.*

HÆc nullius est usus, nisi quod obligatio ad solvendam pœnam privatam, si ex jure

jure Prætorio descendit, intra annum præscribatur, v. quæ diximus ad *tit. de orig. juris Dist. I.* & quod de *jure civili* stricto *ille solus obligetur, qui contraxit aut deliquit,* obligatio Prætoria autem & *ex alieno contractu, vel delicto oriatur,* si is contraxit, vel deliquit, qui vel meam personam repræsentat, ut institor, Magister navis, &c. vel ex quo ego commodum sentio, v.g. servus meus, &c. unde actio noxalis &c. *v.* §. *1. & 2. J. quod cum eo, qui in alien. pot. est. l. 1. ff. de instit. act.* §. *4. J. de noxal. action.* ubi tamen dicitur, quod actio noxalis propter furtum & damnum ex lege Aquilia datum jam ex LL. XII. Tabb. oriatur. Quicquid sit de origine obligationum, ratione effectûs inter utramque, civilem scilicet atque Prætoriam, parum vel nihil potius interesse videtur.

## DIST. IV.
## Inter obligationes *immediatas* & *mediatas.*

HÆ in eo solùm differunt, quod in *immediatis* non opus sit, ut is, qui in illis se fundat, præcedens factum (convenientionem vel delictum) probet, quia jus ipsius immediatè ex Legis dispositione absque ullo intercedente facto civili derivatur, *v. l. 1. pr. ff.*

*h. t.*

*h.t.* ubi ita Cajus: *Obligationes*, ait, *aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Huc pertinet obligatio reciproca parentum & liberorum de alimentis sibi invicem præstandis, *v. tit. ff. de agnosc. & alend. lib.* item obligatio Patris ad dotem filiæ præstandam, de quibus & multis aliis casibus ex fundamento egit illustr. Stryk *in tr. de invest. action. sect. 1. membr. 2.* In obligationibus *mediatis* è contrario nunquam cum effectu adversus alterum agere conceditur, nisi actor fundamentum intentionis suæ, præcedentem scilicet contractum, vel commissum à Reo delictum, liquido probare possit.

## DIST. V.

## Inter actiones *Civiles* & *Prætorias.*

Hîc eadem repetenda, quæ paulò ante ad *dist. III.* de obligatione Civilis & Prætoria diximus. Qualis enim est natura obligationis, talis quoque actionis exinde profluentis natura est.

## DIST. VI.

## Inter actiones *directas, utiles*, & *in factum.*

D*irectas* vocant, quæ ex *verbis* Legum: *Utiles*, quæ ex *ratione* legis per interpretatio-

tationem: *in factum*, quæ deficientibus verbis & sententia sive ratione Legis *ex æquitate* in subsidium dantur. Optimè hæc distinctio illustratur ex §. *fin. J. ad L. Aquil.* ubi actio Legis Aquiliæ *directa* vocatur, quando quis *corpore & in corpus: utilis*, quando *in corpus* quidem, sed *non corpore:* & denique *in factum*, quando *nec corpore, nec in corpus*, sed *alio modo* damnum datum est, qui casus singuli claris exemplis in *d.* §. *fin.* illustrantur, ubi videri possunt.

Quod si tamen de usu quæris, ego quoad actiones directas & utiles verbis Pauli in *l. 47. ff. de neg. gest.* utor, cujus sententia hæc est: *Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest, hoc judicio experiri. Nec refert, directa quis an utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est: maximè cum utraque actio ejusdem potestatis est eundemq; habet effectum.* Deinde, quod actionem in factum in specie attinet, jam ante nos ostendit Excell. Dn. Thomasius *in Diss. Lips. de Philosoph. juris* §. *148. & 149.* eam in Pandectis actioni utili non contradistingui & Tribonianum ex mero errore duas separatas actiones in *d.* §. *fin.* statuisse. Et quamvis etiam in Pande-

ctis actio utilis & actio in factum expressè sibi contradistinguerentur, iterum tamen ea applicanda essent, quæ modò ex *l. 47. ff. de neg. gest.* adduximus. Ex quo inferimus, distinctionem præsentem nullius esse utilitatis.

## DIST. VII.
## Inter actiones *personales, reales* & *mixtas.*

QVoad actiones *personales* & *reales* ea repetenda, quæ suprà ad *tit. de rer. divis. Dist. I.* diximus. De *mixtis* hîc notandum, quod partim ex jure in re, partim ex jure ad rem proveniant, ex quibus præcipuæ sunt actio familiæ herciscundæ, finium regundorum & communi dividundo, §. *20. J. de Action.* ex quibus actio finium regundorum, quatenus rem persequitur, contra quemcunque quidem possessorem datur, non autem actio familiæ herciscundæ, & communi dividundo, quia hæ duæ actiones certam qualitatem alterius, qui convenitur, supponunt, quod scilicet vel coheres, vel collegatarius existat, quæ qualitas in tertio possessore non deprehenditur. Deinde actiones mixtæ in eo etiam à plerisque realibus recedunt, quod triginta demùm annis præscri-

ban-

bantur, *v. l. f. C. fin. regund. l. 1. §. 1. C. de annal. except.*

## DIST. IIX.

### Inter actiones *nativas* & *dativas.*

NAtivæ sunt, quæ ex præcedente contractu vel delicto nascuntur; *dativa*, quæ tale factum non supponunt. Ergò priores ex obligatione mediata, posteriores ex immediata deducuutur, *v. Dist. IV. h. t.* In effectu autem nihil intereft. Imò Hilliger *ad Donell. l. 19. c. 2. lit. A.* hanc distinctionem ne theoreticè quidem veram esse, sed de actionibus ex contractu etiam vocabulum dativarum prædicari, adstruere nititur, quem vide.

## DIST. IX.

### Inter actiones *directas* & *contrarias.*

Hìc notandum, quod actio *directa* illa vocetur, quæ *statim ab initio* celebrati contractus & *semper* adest, & *in definitione contractus exprimitur.* Sic quando *deponens* adversus depositarium agit, actionem directam habet, quia depositarius à momento initi contractûs ad restitutionem rei depositæ in specie obligatur, & nullus contractus depositi concipi potest, in quo hæc obliga-

tio non adsit, & denique hoc ipsum in dicti contractûs definitione exprimitur. Idem intuitu *commodantis*, *mandantis*,&c. sic & actio *emti & venditi*, *locati & conducti*, *pro socio*,&c. utrinque est directa, quia adducta requisita in utroque contrahentium deprehenduntur.

*Contrariam* autem dicunt, quæ *ex postfacto* saltem oritur, & *non semper adest, nec etiam in definitione contractus exprimitur*, quia in definitionibus illud saltem exprimendum, quod regulariter fieri solet, non autem, quod ex accidenti. Sic quando *depositarius* adversus deponentem agit, ad impensas, quas propter rem depositam fecit, iterum consequendas, actio contraria ipsi competit, quia deponens ex postfacto, id est, ex eo demùm tempore obligatur, quò depositarius eas impensas fecit, non etiam hoc ex natura depositi profluit, ut quilibet depositarius necessariò in rem depositam aliquid impendat, sed hoc saltem interdum contingit & hinc in definitione contractûs depositi de hac obligatione secundaria & minus principali nihil habetur. Idem intuitu *commodatarii*, *mandatarii*,&c. juris est.

Ratione *præscriptionis* & *transmissionis ad heredes* inter actiones directas & contrarias

nulla

nulla differentia deprehenditur, ſed omnes eôdem tempore durant & eodem modo heredibus & contra heredes dantur.

Adeſt tamen nihilominus uſus aliquis. Scilicet, quando in notis illis contractibus, *Tutelæ, mandati* & *depoſiti* actio *directa* contra Tutorem, Mandatarium & depoſitarium propter dolum commiſſum inſtituitur, tunc *Reus conventus infamia* afficitur, *v. l.4. ff. de ſuſpect. Tut. l.1. ff. de his qui not. infam.* quod ſecus eſt, ſi Tutor pupillum, Mandatarius mandantem, aut depoſitarius deponentem actione contrariâ convenit, *d. l.1.* Excipiunt quidem communiter contractum mandati, quod ſcilicet actio contraria ex eodem inſtituta etiam infamiam importet, ſi mandans indemnitatem mandatario præſtare dolosè deneget; verùm *l.6. §.2. ff. de his, qui not. infam.* ad quam provocant, de caſu ſpeciali ſaltem loquitur, *ſi ſcilicet fidejuſſi pro te & ſolvi & tu illud, quod ſolutum eſt, reſtituere detrectas*, & ſic extra hunc caſum, in quo de ſingulari perfidia agitur, regula manet, quæ in *§.7. d. l.6.* continetur: *contrario judicio damnatus non erit infamis, nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, ſed de calculo, qui ferè judicio ſolet dirimi.*

Ex eodem fundamento profluit, quod in

speciem, exceptionem *mixtam* scilicet, Lauterbach *h.t.* & eò refert exceptionem restitutionis ex causa ætatis, quæ in eo à realibus recedit, quod ad heredes quidem transmittatur, non tamen fidejussoribus competat, nisi læsio dolo adversarii minorenni illata fuerit, *v. l.13. pr. ff. de minor.* & *l. 1. & 2. C. si advers. fidejussor.*

# LIB. XLIV. TIT. VII.
# De Obligationibus & Actionibus.

## DISTINCT. I.
## Inter Obligationem *naturalem*, *civilem* & *mixtam*.

HÆc distinctio ex sequenti fundamento profluit: Jus naturæ & jus civile Romanorum interdum sibi mutuò *adsistunt*, interdum verò alterum ab altero *recedit*. *Priori* casu DD. vocant obligationem mixtam, ex qua & actio & exceptio cum effectu institui & opponi potest, v.g. ut quis ex emto, locato, commodato, &c. obligetur. *Posteriori* casu subdistinguendum est. Aut scilicet *jus naturæ deserit*

*jus civile Romanum*, aut *deseritur ab illo*; *priori* casu vocatur obligatio *civilis*, id est, ex ex mero jure civili proveniens, v. g. ex negotio coacto, aut ex promissione dolô alterius emanata in contractibus stricti juris, &c. & *hac nec actionem efficacem producit*, (Prætor enim Reo ex tali negotio convento exceptionem suppeditat, quâ probata actio instituta corruit, *v. suprà tit de Except. dist. I.*) nec *exceptionem*, quia & ad restitutionem rei ex tali obligatione acceptæ accipiens obstringitur; *posteriori* dicitur obligatio *naturalis*, quæ hunc effectum habet, *ut exceptionem producat*, v. g. obligatio ex nudo pacto, &c. v. Lauterbach. *h. t.* Postquam tamen hodie ex nudo pacto actio conceditur, inter obligationem naturalem & mixtam non amplius erit differrentia.

## DIST. II.
## Inter Obligationem naturalem *plenam* & *minus plenam*.

P*Lena*, ut modô dictum, etiam de jure Romano exceptionem, & juxta mores nostros actionem producit; Sed *minus plena*, nec actionem, nec exceptionem, comprehendit enim sub se officia humanitatis & amoris, v. g. ad benefaciendum pauperibus,

ad

ad remunerationem,&c. Sed hæc officia omnem omninò coactionem respuunt, quia amor liberrimus esse debet. Et hinc est, quod rectè asserunt DD. Donatarium, qui doni oblitus se mutuum accepisse, vel ex alia necessaria causa obligatum esse credebat & tantundem reddebat donanti, quantum ab eo antea acceperat donationis titulo, non obstante obligatione ad antidora solutum repetere posse, v. ex multis unus Bachovius *de action. Disp. 4. th. 16. vers. & hinc decidenda.*

Effertur hæc distinctio alias etiam per Vocem *perfectæ* & *imperfectæ* obligationis, quibus respondet *jus perfectum* & *imperfectum.* Impugnant quidem nonnulli eandem & obligationem imperfectam pariter & jus imperfectum nomen obligationis & juris planè non mereri adstruunt; sed hi solùm ad *obligationem extrinsecam* & *jus extrinsecum* respiciunt, quin verò in foro intrinseco talis obligatio suos effectus habeat, de eo forsan nemo jure dubitare poterit.

## DIST. III.

## Inter Obligationem *civilem* & *Prætoriam.*

HÆc nullius est usus, nisi quod obligatio ad solvendam pœnam privatam, si ex jure

jure Prætorio descendit, intra annum præscribatur, v. quæ diximus ad *tit. de orig. juris Dist. I.* & quod de *jure civili* stricto *ille solus obligetur, qui contraxit aut deliquit,* obligatio Prætoria autem & *ex alieno contractu, vel delicto oriatur,* si is contraxit, vel deliquit, qui vel meam personam repræsentat, ut institor, Magister navis, &c. vel ex quo ego commodum sentio, v.g. servus meus, &c. unde actio noxalis &c. *v.* §. *1. & 2. J. quod cum eo, qui in alien. pot. est. l. 1. ff. de instit. act.* §. *4. J. de noxal. action.* ubi tamen dicitur, quod actio noxalis propter furtum & damnum ex lege Aquilia datum jam ex LL. XII. Tabb. oriatur. Quicquid sit de origine obligationum, ratione effectûs inter utramque, civilem scilicet atque Prætoriam, parum vel nihil potius interesse videtur.

## DIST. IV.
## Inter obligationes *immediatas* & *mediatas.*

HÆ in eo solùm differunt, quod in *immediatis* non opus sit, ut is, qui in illis se fundat, præcedens factum (conventionem vel delictum) probet, quia jus ipsius immediatè ex Legis dispositione absque ullo intercedente facto civili derivatur, *v. l. 1. pr. ff.*

*b, t.*

*h.t.* ubi ita Cajus: *Obligationes*, ait, *aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Huc pertinet obligatio reciproca parentum & liberorum de alimentis sibi invicem præstandis, *v. tit. ff. de agnosc. & alend. lib.* item obligatio Patris ad dotem filiæ præstandam, de quibus & multis aliis casibus ex fundamento egit illustr. Stryk *in tr. de invest. action. sect. 1. membr. 2.* In obligationibus *mediatis* è contrario nunquam cum effectu adversus alterum agere conceditur, nisi actor fundamentum intentionis suæ, præcedentem scilicet contractum, vel commissum à Reo delictum, liquido probare possit.

### DIST. V.
### Inter actiones *Civiles* & *Prætorias*.

Hîc eadem repetenda, quæ paulò ante ad *dist. III.* de obligatione Civilis & Prætoria diximus. Qualis enim est natura obligationis, talis quoque actionis exinde profluentis natura est.

### DIST. VI.
### Inter actiones *directas, utiles*, & *in factum*.

*Directas* vocant, quæ ex *verbis* Legum: *Utiles*, quæ ex *ratione* legis per interpretatio-

tationem : *in factum*, quæ deficientibus verbis & sententia sive ratione Legis *ex æquitate* in subsidium dantur. Optimè hæc distinctio illustratur ex §. *fin. J. ad L. Aquil.* ubi actio Legis Aquiliæ *directa* vocatur, quando quis *corpore & in corpus: utilis*, quando *in corpus* quidem, sed *non corpore:* & denique *in factum*, quando *nec corpore, nec in corpus*, sed *alio modo* damnum datum est, qui casus singuli claris exemplis in *d.* §. *fin.* illustrantur, ubi videri possunt.

Quod si tamen de usu quæris, ego quoad actiones directas & utiles verbis Pauli in *l. 47. ff. de neg. gest.* utor, cujus sententia hæc est: *Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest, hoc judicio experiri. Nec refert, directa quis an utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est: maximè cum utraque actio ejusdem potestatis est eundemq; habet effectum.* Deinde, quod actionem in factum in specie attinet, jam ante nos ostendit Excell. Dn. Thomasius *in Diss. Lips. de Philosoph. juris* §. *148. & 149.* eam in Pandectis actioni utili non contradistingui & Tribonianum ex mero errore duas separatas actiones in *d.* §. *fin.* statuisse. Et quamvis etiam in Pande-

ctis actio utilis & actio in factum expressè sibi contradistinguerentur, iterum tamen ea applicanda essent, quæ modò ex *l. 47. ff. de neg. gest.* adduximus. Ex quo inferimus, distinctionem præsentem nullius esse utilitatis.

## DIST. VII.
## Inter actiones *personales, reales* & *mixtas*.

QVoad actiones *personales* & *reales* ea repetenda, quæ suprà ad *tit. de rer. divis. Dist. I.* diximus. De *mixtis* hîc notandum, quod partim ex jure in re, partim ex jure ad rem proveniant, ex quibus præcipuæ sunt actio familiæ herciscundæ, finium regundorum & communi dividundo, §. *20. J. de Action.* ex quibus actio finium regundorum, quatenus rem persequitur, contra quemcunque quidem possessorem datur, non autem actio familiæ herciscundæ, & communi dividundo, quia hæ duæ actiones certam qualitatem alterius, qui convenitur, supponunt, quod scilicet vel coheres, vel collegatarius existat, quæ qualitas in tertio possessore non deprehenditur. Deinde actiones mixtæ in eo etiam à plerisque realibus recedunt, quod triginta demùm annis præscriban-

bantur, *v. l. f. C. fin. regund. l. 1. §. 1. C. de annal. except.*

DIST. IIX.

Inter actiones *nativas* & *dativas*.

NAtivæ sunt, quæ ex præcedente contractu vel delicto nascuntur; *dativa*, quæ tale factum non supponunt. Ergò priores ex obligatione mediata, posteriores ex immediata deducuutur, *v. Dist. IV. h. t.* In effectu autem nihil interest. Imò Hilliger *ad Donell. l. 19. c. 2. lit. A.* hanc distinctionem ne theoreticè quidem veram esse, sed de actionibus ex contractu etiam vocabulum dativarum prædicari, adstruere nititur, quem vide.

DIST. IX.

Inter actiones *directas* & *contrarias*.

HIc notandum, quod actio *directa* illa vocetur, quæ *statim ab initio* celebrati contractus & *semper* adest, & *in definitione contractus exprimitur*. Sic quando *deponens* adversus depositarium agit, actionem directam habet, quia depositarius à momento initi contractûs ad restitutionem rei depositæ in specie obligatur, & nullus contractus depositi concipi potest, in quo hæc obliga-

nulla differentia deprehenditur, sed omnes eôdem tempore durant & eodem modo heredibus & contra heredes dantur.

Adest tamen nihilominus usus aliquis. Scilicet, quando in notis illis contractibus, *Tutelæ, mandati* & *depositi* actio *directa* contra Tutorem, Mandatarium & depositarium propter dolum commissum instituitur, tunc *Reus conventus infamia* afficitur, *v. l.4. ff. de suspect. Tut. l.1. ff. de his qui not. infam.* quod secus est, si Tutor pupillum, Mandatarius mandantem, aut depositarius deponentem actione contrariâ convenit, *d. l.1.* Excipiunt quidem communiter contractum mandati, quod scilicet actio contraria ex eodem instituta etiam infamiam importet, si mandans indemnitatem mandatario præstare dolosè deneget; verùm *l.6. §.2. ff. de his, qui not. infam.* ad quam provocant, de casu speciali saltem loquitur, *si scilicet fidejussi pro te & solvi & tu illud, quod solutum est, restituere detrectas*, & sic extra hunc casum, in quo de singulari perfidia agitur, regula manet, quæ in *§.7. d. l.6.* continetur: *contrario judicio damnatus non erit infamis, nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui ferè judicio solet dirimi.*

Ex eodem fundamento profluit, quod in

actione *directa* quidem *in litem jurari possit*, suppositis terminis habilibus, si scilicet talis res petitur, quæ affectionem recipit; nunquam verò in actione *contraria*. *Ei*, inquit Ulpianus in *l.5. ff.depos.apud quem depositum esse dicetur, contrarium judicium depositi datur, in quo judicio meritò in litem non juratur. Non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus, qui depositum suscepit*.

DIST. X.

Inter actiones *simplices* & *duplices*.

Conf. suprà *Dist. III.* sub titulo *de judiciis*.

DIST. XI,

Inter actiones *universales, generales* & *singulares*.

De hac distinctione itidem jam dictum fuit sub titulo *de judiciis Dist. VI.*

DIST. XII.

Inter actiones *petitorias* & *possessorias*.

Vide *Dist.V.* sub tit. *de judiciis* & adde *tit. de Interdictis Dist. I. & III.*

DIST.

## DIST. XIII.
## Inter actiones *rei persecutorias* & *pœnales*.

PRiores ad *simplum* saltem dantur, id est, ad nudam damni ab altero nobis illati reparationem: sed *posteriores* ulterius *duplum*, *triplum* & *quadruplum* nobis adjudicant.

*Priores* ultra annum dantur, & si ex contractu vel delicto proveniunt, perpetuæ sunt; *Posteriores* autem plerumque annô excluduntur, *l.35. pr. ff. de O.& A.* Exceptio habetur in actione *furti manifesti* ad quadruplum, *pr. J. de perpet. & temp. act.* in actione *de servo corrupto* ad duplum, *l.13. pr. ff. de serv. corrupt.* & in actione *adversus nautas caupones & stabularios* ad duplum, *l.7. §. ult. ff. naut. caup. stabul.*

In eo tamen conveniunt, quod nec *rei persecutoriæ*, (si sunt ex delicto,) nec *pœnales*, adversus heredes delinquentis dentur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, *v. l. 261. ff. de O. & A. Sed quid si ad heredes aliquid pervenerit?* Tunc quidem contra eos actio rei persecutoria institui poterit, non autem pœnalis, *d. l.35. pr. ff. de O.& A.*

Loquimur autem hic semper *de pœna ex*

*Lege proveniente*. Ea enim, quæ *ex conventione* est, ad instar intereſſe nostri ſeſe habet, & ſic actio ad eam exigendam non ſolùm perpetua est, ſed & adverſus heredes cum effectu institui poteſt, *v.* §. *f.* *J. de V. & O.*

## DIST. XIV.
## Inter actiones *bonæ fidei* & *stricti juris*.

Distinctio hæc ex distincto officio *Prætoris* & *Judicis pedanei* apud Romanos unicè profluit. Notum quippe eſt, judicem pedaneum non gaviſum eſſe autoritate publicâ cognoſcendi de cauſis controverſis in foro obvenientibus, ſed fuiſſe eundem privatum aliquem JCtum, cui Prætor, poſtquam Partes eum elegerant, certam agendi & excipiendi formulam præſcribebat.

Primò autem ſciendum eſt, *quænam actiones bonæ fidei fuerint?* Varia exempla in §. 28. *J. de act.* referuntur, v. g. ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum geſtorum, mandati, &c. ex quibus omnibus apparet, Imperatorem, vel ſi mavis Tribonianum, tales actiones retuliſſe, *quæ ex contractibus bilateralibus proficiſcuntur,* exceptò eò, quod & *hereditatis petitionem* & actionem *de dote repetenda* huic claſſi adjunxerit contra rationem & analogiam juris. Ergò

Ergò ex natura oppositorum sequetur, omnes actiones *stricti juris* dici debere, *quæ ex contractibus unilateralibus profluunt*, v. g. ex mutuo, stipulatû, hereditatis aditione, condictione indebiti, ob turpem causam, &c quia talium in *d.* §. *28. J. de act.* non fit mentio.

Scio quidem multos DD. strictissimè verbis *d.* §. *28.* inhærere & adeò nullas actiones b. f. statuere, nisi quæ in eo recensentur; sed puto hos, ut alia taceam, contra *l. 17. ff de LL.* impingere, ubi Celsus dicit, scire Leges non hoc esse, verba earum tenere, sed vim & potestatem.

Quænam verò *differentia inter b. f. & stricti juris* actiones fuerit, ita generaliter effertur in §. *30. J. de act. quod scilicet in b. f. judiciis libera potestas permittatur Judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat*, unde ex opposito sequitur, *quod in stricti juris judiciis ejusmodi liberam potestatem non habuerit Judex*, sed in his ad verba præcedentis conventionis arctissimè adstrictus fuerit.

Descendamus ad nonnulla specialia. In contractibus *bonæ fidei dolus dans causam contractui eundem ipso jure nullum reddit, l. 7. pr. ff. de dol. mal.* & sic judex in actione ex il-

lo contractu instituta contractum nullum pronunciare poterat, (dolô scilicet probatô) quamvis nec in verbis conventionis, nec in formula à Prætore præscripta quicquam de ea re haberetur. *Secus, si dolus contractui stricti juris causam dederat* & exinde agebatur, de quo fusè diximus suprà ad tit. *de dolo malo dist.I.*

*In actionibus bonæ fidei juramento in litem affectionis locus datur*, ut putant vulgô, *non autem in judiciis stricti juris*; sed hoc ex jure Romano vix probari posse ostendimus suprà ad *tit. de in lit. jur. dist.I.*

*In actionibus b.f. judex propter moram præcedentem usuras adjudicat*, quamvis in verbis conventionis nullæ expressæ fuerint, *l.32. §.2.ff. de usur.* ibique Gothofr. *non autem in judiciis stricti juris*, quippe in quibus usuræ non debentur, nisi per stipulationem promissæ, *v.l.3. C.eod.* Hæc differentia sublata est per *Recess. Imp. de A.1600.* §. So viel nun.

Plurima huc pertinentia invenies apud Bachovium *de action. disp.6. thes.13. usque ad thes.25.* quæ omnia huc transferre partim nimis prolixum esset, partim etiam otiosum, cum æquè commodè eadem in Bachovio legi possint. Illud unicum saltem notamus,

tamus ex *thes. 21.*, (quod eleganter etiam exsecutus est Julius Pacius *in anal. J. ad* §.28. *J. de action.*) scilicet, *Judicem pedaneum in judiciis b. f. quamcunque exceptionem admittere potuisse, quamvis ejusdem in formula à Prætore præscripta nulla facta fuerit mentio*, exceptiones enim hisce judiciis ipso jure inerant; at verò *in stricti juris judiciis Judicem nullam exceptionem admittere debuisse, nisi cujus Prætor in formula eidem Judici pedaneo data mentionem injecisset*, &c.

Sed quid de Usu hujus distinctionis dicendum? Quod *usuras propter moram solvendas* attinet, DD. libenter concedunt, quia debent ob allegatum Recessum Imperii, eandem usum amplius non præstare. Sed in reliquis capitulis non exiguam utilitatem adhuc hodie exinde profluere non pauci propugnant. Tædet eos allegare, qui merò autoritatis præjudicio fascinati alios exscribendo distinctionis usum hodiernum adstruunt, nec tamen in quonam ille, cessante Judicis pedanei restrictô officio, sese exserat, ostendere valent; prodeat ergô, cujus modò mentionem feci, Pacius, JCtus laudibus nostris major, qui *cit. loc.* sequentem in modum hac de re disserit: *Sed hodiè*, inquit, *cum nec formulæ sint in usu, nec Judi-*

*ces*

*ces à Magistratibus dentur, sed coram Judicibus ordinariis litigetur, differentia horum judiciorum aliter spectatur.* Sed quomodo? *ita*, pergit, *observatur, ut si judicium sit bonæ fidei, exceptio ipso jure insit in hoc judicio, id est, Judex exceptionis rationem habeat,* quamvis Reus hoc non petat, dummodo ex actis de exceptione constet: *quia vulgata regula est, judicandum esse secundum allegata & probata; si verò sit judicium stricti juris, exceptio reo nihil prodest, quamvis de ea ex actis constet,* nisi reus, nominatim exceptionem opponat Actori & per eam se absolvi petat. Refutâssem fere Pacium, quod nempe hæc non cohæreant cum præcedentibus, ubi dixerat, hodie non amplius esse ejusmodi Judices à Magistratibus datos, ut olim & per consequens etiam, non esse ita restrictam eorum potestatem, ut olim, sed acquiescere possum, quia mox addit: *Planè quia hodiè actionum nominibus non utimur, harum actionum differentiæ minus conspicuæ sunt & obsoletæ, ita ut omnes vi & effectu videantur esse bonæ fidei.* Rectè & sic distinctio nullius est usus, quia mutato statu jus mutatur, v. quæ diximus ad *tit. de dolo malo Dist. I.* & *ad tit. de in litem jurando Dist. I.* Quid ergò timeamus veterem illam cantilenam: quod mutatum

tatum non est, cur illud stare prohibetur? hæc distinctio enim non fuit recepta, quia Judices pedaneos nunquam habuimus.

## DIST. XV.

## Inter actiones *arbitrarias* & *non arbitrarias.*

NOn *arbitrariæ* sunt, quæ semper ex contractibus proveniunt, & de quibus hactenus diximus. *Arbitrariæ* autem vocantur, quæ vel *reales* sunt, ut rei vindicatio, actio hypothecaria, &c. vel *in rem scriptæ*, v.g. actio quod metus causa, noxalis, &c. vel *præparatoriæ*, v.g. actio ad exhibendum, &c. Vocabantur autem *arbitrariæ*, quia Judicis pedanei potestas hîc quoque, non minus ut in actionibus bonæ fidei, libera & illimitata erat, id est, sententiam definitivam præcedebat interlocutio Judicis, quia Judex jubebat actori satisfieri, v.g. rem exhiberi aut restitui; quod si ergo Reus Judici obtemperabat atque actori satisfaciebat, per sententiam definitivam absolvebatur, sin minus condemnabatur, v. g. in actione quod metus causa in quadruplum, in rei vindicatione, in quantum Actor in litem juraverit, &c. quæ fusius persequitur Pacius *in anal. J. ad §. 31. J. de act.*

Quod ſideſideras quomodo actiones *b.f.* & *arbitrariæ* ab invicem diſcedant, ita tenendum eſt: in actionibus *bonæ fidei* Judex pedaneus liberam habebat poteſtatem ex bono & æquo decernendi, *quamvis hâc de re in formula Prætoris nulla omninò litera inveniretur;* at verò in actionibus *arbitrariis*, Judex pedaneus arbitrium ſuum ita exercebat, *prout illud in formula à Prætore data comprehenſum erat.* Unde in rei vindicatione formula ita fuit: *Si apparet rem eſſe Titii, neque ea res arbitrio tuo reſtituatur, Judex condemna,* ſcilicet, quanti in litem juratum fuerit; in actione quod metus cauſa formula ita ſeſe habuit: *ſi apparet, rem metu eſſe extortam, nec ea arbitrio tuo reſtituatur, Judex in quadruplum condemna,* v. Bachovium *de action. Diſp. 7. theſ. 2. p. m. 49.* in qua integra Diſputatione hæc materia prolixè pertractatur.

Hæc prout à Pacio, Bachovio aliisque eruditis viris traduntur, & admodum probabilia ſunt, perſpicuè oſtendunt, quod diſtinctio inter actiones arbitrarias & non arbitrarias exinde deſcenderit, quia Romani Judices pedaneos habebant, & hiſce Judicibus pedaneis Prætores certas formulas pronunciandi proſcribebant. Jam verò, quia hodie non habemus Judices pedaneos,

neos, nec Prætores, nec formulas Judicibus pedaneis à Prætoribus præscriptas, hinc rogo te ipsum, ut mihi respondeas, an distinctio adlata adhuc hodie usum in sensu Juris Romani habere possit? Mihi negativa placet. Judicibus nostris in quibuscunque actionibus arbitrium competit, ut ex bono & æquo Reum condemnare & contumaciam ipsius punire possint, & ergò hodiè omnes actiones arbitrarias vocare posses, sed non in sensu Juris Romani.

# LIB. XLV. TIT. I.

# De Verborum Obligationibus.

## DISTINCT. I.

## Inter Stipulationes *Prætorias, judiciales* & *communes.*

CUm hæc distinctio iterum ex distincto officio Prætoris & Judicis pedanei profluat, ea nomina autem nobis prorsus incognita sint, hinc iterum adstruere non dubito, distinctionem adlatam apud nos ne minimam quidem utilitatem habere.

DIST.

DIST. II.

Inter Stipulationem *dandi* & *faciendi*.

HÆc in eo uſum habet, quod quoties quis *ad dandum* obligatus eſt, ille rem promiſſam præciſè præſtare teneatur, nec præſtando intereſſe ſeſe liberare poſſit, *v. l.75. §.fin.ff. de V. O.* quoties verò quis *factum* aliquod promiſit, toties ad illud præſtandum cogi præciſè non poteſt, ſed liberatur promittens, modò intereſſe præſtare, id eſt damnum reſarcire velit, quod ex non adimpleto contractu alter patitur, *v.l.13.§.fin.ff. de re judic.* Ratio differentiæ eſt, quia ſi quis rem promiſſam dare recuſat, ea facile invito promittente per viã executionis auferri poteſt, quod in facto promiſſo non æque procedit.

# LIB. XLVI. TIT. I.

# De Fidejuſſoribus & Mandatoribus.

DISTINCT. I.

Inter *Fidejuſſorem* & *Mandatorem*.

HI duo theoreticè ſaltem differunt. *Mandator* vocatur, qui vel fidejuſſorem fidejubere, vel Creditorem

rem alii credere rogat, *& hic statim ab initio intercedit, antequam Creditor cum Debitore collocutus fuerit.* At verò *Fidejussor tunc demum intervenit, ubi Debitor cum Creditore jam collocutus est & contractum principalem iniit,* v. Dion. Gothofred. *in not. ad rubr. h.t.* In effectu verò & fidejussor & mandator in subsidium demùm conveniuntur: plures item mandatores non minus ut plures fidejussores beneficio divisionis & cedendarum actionum fruuntur, in quo forsan neminem ex DD. dissentientem habebo.

## DIST. II.
## Inter Fidejussorem *necessarium* & *voluntarium.*

NEcessarius hîc non vocatur *intuitu personæ fidejussoris,* quod quis necessariò fidejussor esse debeat, sed *intuitu personæ debitoris,* quod hic interdum fidejussorem *ex dispositione legis* constituere teneatur, v.g. usufructuarius, *l. 13. pr. ff. de Usufr.* *Voluntarius* è contrario *ex mera conventione libera* constituitur.

Usus hic est. Fidejussor *necessarius* ex postfacto etiam constituendus est, licet statim ab initio, ubi res usufructuaria tradebatur, constitutus non fuerit, aliàs enim ipsa res usu-

fructuaria repeti poteſt, ſi fidejuſſor non conſtituatur, *v. l.7.pr.ff. Uſufruct. quemadm. cav.* At fidejuſſor *voluntarius* exigi non poteſt amplius, ſi Creditor ab initio ſibi hac parte non proſpexerit, hic enim obligatio debitoris ad fidejuſſorem conſtituendum ex legis diſpoſitione immediata non oritur.

## DIST. III.
## Inter Fidejuſſorem *principalem* & *ſuccedaneum*.

ILle in gratiam *Creditoris* intercedit, *hic* verò in gratiam *fidejuſſoris principalis* ſeſe obligat, ut ſcilicet planè ſecurus reddatur dictus fidejuſſor Principalis de recuperatione illius, quod pro debitore forſan ſolvere neceſſe habuerit, vocatur Germanicè ein Rück-bürge/ *v. l.8. §.f. ff. h.t.* Ex quo patet, fidejuſſorem *ſuccedaneum* a Creditore nunquam conveniri poſſe, ſed ſolùm à primo fidejuſſore, qui illud, quod pro debitore ſolvit, iterum repetit. Ceterùm, ſi *plures* ſunt ejusmodi fidejuſſores ſuccedanei, eadem quoque ipſis beneficia competunt, quæ aliàs principalibus tribuuntur, *v. l.27. §.4. in f. ibi: adverſus confidejuſſorem magis eſt, ut dividatur ff. h.t.*

## DIST. IV.

## Inter Fidejussorem *simplicem* & *indemnitatis.*

PRior se statim in eum casum obligat, *si Creditor suum à Debitore principali consequi non possit*; at verò *posterior* in illum demùm, *si Creditor nec à Debitore, nec à fidejussore primo suum consecutus fuerit*, unde dici solet ein Schad-loß Bürge/ Hering *de fidejuss. c.27.p.1. n. 142.*

Usus in eo deprehenditur, quod fidejussor *simplex beneficio excussionis renunciare possit*, non autem fidejussor *indemnitatis*, sed quod renunciatio ab hocce facta planè otiosa sit & inutilis, quia reverà involveret contradictionem, Hering *loc.cit.num.143.* quod ad eum quoque casum extendit Berlich *P.2. Concl. 22. n.25. seqq.* cum aliis, licet renunciatio juratò facta fuerit, hìc tamen dissentit illustr. Stryk *de Caut. Contract. sect.2. cap.6. §.24.* & propter præstitum juramentum ex fidejussore indemnitatis fidejussorem simplicem fieri existimat, cui sententiæ & nos subscribimus.

# LIB. XLVI. TIT. II.
# De Novationibus & Delegationibus.

## DISTINCT. I.

### Inter Novationem *necessariam & voluntariam.*

NEcessaria, quæ fit per Litis contestationem, non tollit priorem actionem& obligationem, sed hæc salva manet unà cum accessoriis suis, fidejussoribus scilicet atq; pignoribus nec non privilegiis, *l.29.h.t.* unde vocatur *novatio accumulativa*. Superaddit tamen priori aliquid, ut v. g.actio ex delicto jam ad heredes transeat & ex obligatione temporali perpetua fiat, *v.d. l.29. ibique Brunnem. in not. Voluntaria* è contrariò priorem obligationem & omnia ejus accessoria atque privilegia in totum perimit, *d.l.29.h.t.*

## DIST. II.

### Inter *Novationem* & *Delegationem.*

IN *Novatione* specialiter sic dicta (nam in sensu generaliori etiam delegationem quandoque sub se comprehendit) nec Creditor

ditor, nec debitor mutatur, ſed *genus obligationis* ſolùmmodò, v.g. debuiſti mihi hactenus centum ex emto, jam eadem ex mutuo mihi promittis, &c. vel debuiſti mihi pure, jam in diem vel ſub conditione promittis, &c. §.3. *J.quib. mod. toll. oblig.* Sed in *Delegatione* idem genus obligationis manet, aſt *perſona debitoris* mutatur, v.g. quod Cajus mihi hactenus debuit, jam à Titio ſtipulor, *l.11. pr. ff. h.t.*

Uſum nonnulli in eo quærunt, quod in *novatione* quidem animus novandi non præſumatur, benè tamen in *delegatione*, & quod adeò prior debitor indiſtinctè ab obligatione liberetur, v.Lauterbach *Comp.jur.h.t.* & latè Mevius *P.7. Deciſ.11. 12.& 13.* Sed nobis contraria ſententia verior videtur, quam communiter ex *l.f. C.h.t.* probant, cùm præcipuè eadem ratio, quæ facit, quod novatio non præſumatur, in delegatione etiam locum habeat. Scilicet tàm in novatione, quàm delegatione, Creditor prius jus ſuum remittit & in ſpecie in delegatione priorem debitorem ex nexu obligationis dimittit; at verò neutrum præſumitur, quoniam non leve præjudicium exinde interdum oriri poteſt, v. illuſtr. Stryk *in not. ad Lauterbach. h.t. verb. putant.*

DIST. III.

### Inter *Delegationem* & *Cessionem*.

THeoreticè ita differunt, quod in *delegatione debitor*, in *cessione* autem *Creditor* mutetur. In effectu autem, quod *cessio inscio & invito etiam debitore fieri possit*, *l.1. C.de novat.* quia hujus nihil intereſt, cui ſolvat, cum omnes exceptiones, quas opponere poterat cedenti, adhuc etiam Ceſſionario opponere valeat; in *delegatione* autem *debitor conſentire* debet, de ipſius enim maximo præjudicio agitur, quia poſt delegationem exceptionibus aliquibus contra Creditorem, cui delegatus eſt, amplius uti non poteſt, *d.l.1.C.h.t.l.12.ff.h.t.*

# LIB. XLVII. TIT. I.
# De Privatis Delictis.

DISTINCT. I.

### Inter Delicta *Eccleſiaſtica, ſecularia* & *mixta*.

DElicta hæc propterea accuratè ſecernenda ſunt, ut de foro competenti conſtet, & ne forſan Judex eccleſiaſticus juriſdictionem ſecularem, vel è contrario Judex ſecularis

eccle-

ecclesiasticam invadat. De Delictis namque *ecclesiasticis*, v.g. de hæresi, apostasia, simonia, &c. apud Pontificios Episcopi, apud Evangelicos autem Consistoria cognoscunt; de *secularibus* autem Magistratus quilibet competens, v.g. de homicidio, furto, rapina, &c. quamvis non negandum sit, Clerum Pontificium ex studio extendendi jurisdictionem suam multa crimina ad ecclesiastica retulisse, quæ tamen merè secularia sunt, quo omnes causas matrimoniales refero, conf. Excell. Thomas. Fürsten-Recht *thes. 13. §. 7.* Catalogum delictorum ecclesiasticorum exhibet Brunneman. *in Jure eccles. l. 3. cap. 1. §. 22.* Hoc quoque nemo sanus diffitebitur, eundem clerum multa facta ad classem criminum externorum retulisse iisdemque gravissimam pœnam imposuisse, quæ tamen in foro externo coërceri non debebant, quò pertinet Hæresis & Apostasia.

De delictis *mixtis*, v.g. usuraria pravitate, magia, sacrilegio, &c. uterque Judex, ecclesiasticus & secularis, cognoscit, & sic locus est præventioni, v. Brunneman. *loc. ant. cit.*

## DIST. II.
## Inter Delicta *nominata* & *innominata*.

N*Ominata* ex ſpeciali nomine ſuo cognoſcuntur, v.g. homicidium, adulterium, furtum, &c. *Innominata* autem tali nomine deſtituuntur, v.g. ſi quis æs pro auro oppignorat, & reliqua omnia, quæ in Digeſtis ſub titulo *de Stellionatu* recenſentur. Interim hæc diſtinctio mere theoretica eſſe videtur.

## DIST. III.

## Inter *Vera* & *quaſi* delicta.

P*Riora* ex dolo, *poſteriora* autem ex culpa & negligentia proveniunt, unde in *prioribus* quidem pœna ordinaria locum habet, non autem in *poſterioribus*, nam, v.g. homicidium doloſum pœna gladii, culpoſum autem pro gradu culpæ, fuſtigatione, aut ſola relegatione coërcetur.

Non video autem his ſuppoſitis, quid permoverit Lauterbachium, quod *in Comp. jur. h.t.* ſtatuerit, *damnum injuria datum ad vera delicta referri, licet ex culpa ſit*; ratio enim, quam ſubjungit, *quia hic principaliter tantùm reſpicitur ad damnum reſarciendum*, parum quadrare videtur, quia ratio denominandi non à reſtitutione damni privati, ſed à gradu pœnæ deſumta eſt.

## DIST. IV.
## Inter Delicta *publica* & *privata*.

NOnnulli hæc duo ita diſtingvunt, quod *publica* delicta *in Rempublicam*, *privata* autem *in privatum* committantur, à quibus ipſe Lauterbachius *h. t.* non adeò longè recedere videtur, v. Brunneman. *Repet. Paratitl. Weſenb. tit. de publ. judic. qu. 1.* ſed hi quidem non adeò accuratè procedere videntur, cum & homicidium in privatum committatur & tamen non ſolùm in Inſtitutionibus, ſed in Digeſtis quoque in catalogo delictorum publicorum recenſeatur. Alii alias tradunt definitiones, quas omnes recenſere præſentis inſtituti non eſt, vid. Huber. *prælect. ff. tit. de jud. public.* §. 2. Hahn *ad Weſenb. de privat. delict. num. 3. verb. privata ſunt.* Struv. *S. J. C. Ex. 49. th. 1. & 2.*

Mihi ita videtur. Ab initio Reip. Romanæ judicia ideò *publica* dicebantur, quia ipſe populus publicè judicabat, conf. *l. 2.* §. *16. & 23. ff. de O. J.* ubi dicitur, *quod nec ipſi Conſules in caput Civis Romani animadvertere injuſſu populi potuerint*, unde Cicero damnatus eſt Lege Clodia, quia injuſſu populi conjuratos ſupplicio affecit, v. Pacius *ad* §. 1.

*J. de publ. jud. in fin.* Duarenus *l. 1. Disp. 37.* Gothofr. *ad rub. ff. de publ. judic.* Bachov, *ad Treutl. vol. 2. Disp. 31. th. 1. lit. A.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de publ. judic.* Certus autem fuisse videtur horum judiciorum numerus, quæ recensentur in *l. 1. ff. d. t.* & ubi JCtus disertè affirmat, *non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, publica esse, sed ea tantum, quæ ex Legibus publicorum judiciorum veniunt.* JCti accuratiores quoque jam dudum observârunt, Tribonianum potius etymologiam, quàm exactam definitionem tradidisse, quando in *§. 1. J. de publ. judic.* publica judicia ideò sic dicta fuisse asserit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque detur,* nam in popularibus etiam actionibus quilibet ex populo agit, eæ tamen propterea non sunt judicia publica, v. Huber *loc. ant. cit. §. 1.* Elegans adhuc est locus apud Gothofredum *ad pr. J. de publ. jud.* *Publica,* inquit, *judicia in foro palam, sub dio, vel ab ipsis Prætoribus (sex Lictoribus ejus tribunal circumstantibus) sive Quæsitoribus pro tribunali in sella curali sedentibus (quibus aderant Judices in subselliis sedentes 50. vel 60.) exercebatur,* qui Autor *ad l. 8. ff. de accus.* ordinem publicorum judiciorum veterem fusè etiam describit.

Hæc quidem apud veteres Romanos ita obti-

obtinuerunt, sed quæritur nunc ulterius, quænam moribus nostris publica judicia dicantur? ubi DD. in eo ferè omnes consentire video, quod hodiè delictum publicum & privatum ex intentione agentis dijudicandum, quod si enim hic *satisfactionem publicam* urget, delictum est *publicum*, sin verò *privatam satisfactionem*, *privatum* etiam vocari consvevit, v. Struv. *S. J. C. Ex. 48. th. 13.* Exc. Thomas. *Diss. Lips. de Abigeatu. §. 7.* add. Brunneman. *Exerc. 31. ad J. ad pr. tit. de publ. judic.*

Usus in eo constitui posset hodie, quod in *delictis privatis* heredes etiam *post litem contestatam* obligentur ad pœnam privatam persolvendam, (idem est, si ob moram rei litis contestatio fieri non potuit, Farinac. *quæst. crim. 10. n. 51.*) quod secus se habet in delictis *publicis*, Farinac. *loc. cit. num. 53. seq.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de privat. delict.*

Sic quoque in delictis *privatis* actio adversus heredes conceditur, *si aliquid ad eos ex delicto pervenerit*, non autem in *publicis*, Brunneman. *loc. cit.*

Posset hoc quoque addi, quod delicta *privata* anno, si ad pœnam privatam agitur, triginta verò annis, si ad rem persequendam; *publica* autem communiter viginti annis

annis præscribantur, *l.12. C. ad L. Corn. de falſ.*

Item, in delictis *publicis* per modum denunciationis proceditur, & eâ factâ Judex ex officio inquirit; non autem in *privatis*, ubi officium ſolummodò mercenarium eſt.

In delictis *privatis* certi quid petere debet agens, non autem in publicis, *v. tit. de Edendo Diſt. II.*

Alia repeti poſſunt ex *tit. de Judiciis Diſt. I.*

# Lib. XLVII. Tit. II.
# De Furtis.

## DISTINCT. I.
## Inter Furtum *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* & *non exhibitum*.

Cum Imp. Juſtinianus jam ſuo tempore in §.4. *J. de oblig. quæ ex delict. naſc.* aſſeruerit, *actiones concepti & oblati & furti prohibiti nec non furti non exhibiti in deſvetudinem abiiſſe*, hinc adlata diſtinctio hodie etiam ſine dubio inter inutiles referenda erit. Ceterum deſcriptionem ſingularum ſpecierum in §.3. & 4. *ff. d. t.* deprehendes.

DIST.

## DIST. II.
## Inter Furtum *manifeſtum* & *non manifeſtum*.

USus de jure Romano *ratione pœnæ privatæ* ſeſe exſerebat. Scilicet propter furtum *manifeſtum* pœna quadrupli, propter *non manifeſtum* dupli ſaltem conſtituta erat, *§.5.J.de oblig.quæ ex delict.naſc.*

Sed quid hodie? Qui uſum adlatæ diſtinctionis hodiernum adhuc defendunt, ad *Art.157. & 157. Conſt.Crim.* provocare ſolent, ubi pœna dupli & quadrupli non obſcurè repetita eſſe videtur; Verumenimverò qui ad uſum judiciorum reſpicit, is neque alias actiones Romanorum pœnales, neque has in ſpecie ibi deprehendit, cum apud nos, ſive fur dives, ſive pauper ſit, actio ſaltem ad ipſam rem ablatam recuperandam & deinde ad pœnam publicam infligendam inſtitui ſoleat, unde huc pertinet Practicorum illud, es iſt dieſes niemahls zur Obſervanz gekommen/ & quilibet videt, Compilatorem Conſtitutionis Criminalis ex ignorantia morum Germaniæ dictum locum illi Conſtitutioni inſeruiſſe. Non obſtaret etiam, quamvis unum aut duo exempla adduci po-

possent, quod adhuc juxta jus Romanum pronunciatum fuerit; Resp. enim, unicam hirundinem non facere ver, & ex uno aut duobus præjudiciis nondum profluere usum practicum, conf. Carpzov. *Pr. Crim. qv. 78. n. 8.*

## DIST. III.
## Inter Furtum *domesticum* & *extraneum*.

USus in eo consistit, quod furtum *domesticum* pœna laquei nunquam coerceatur, bene tamen *extraneum*. Dicitur autem furtum *domesticum*, quod à Conjugibus, parentibus & liberis aliisque consanguineis intra quartum gradum, nec non à proximis affinibus, socero, vitrico, genero, privigno, sororis marito, &c. commissum. De jure civili etiam ad domesticum referebatur, quod ab inquilinis, servis, famulis, ancillis, pedissequis, aliisque mercenariis, qui mercede diurna operas suas locant, perpetratum, sed tales personæ hodie planè non excusantur, de qua materia fusè agit Carpzov. *Pr. Crim. qu. 82. num. 39. usque ad num. 60.*

## DIST. IV.
## Inter Furtum *nocturnum* & *diurnum*.

Fur

FUr *nocturnus* ab eo, cui res suas auferre intendit, impunè occidi potest, modò (1) hoc faciat *pro defensione suæ personæ, vel rerum suarum*, unde fur, si absque rebus recedat, occidi nequit: (2) *cum clamore:* (3) *ut ignotus fuerit fur*, nec adfuerint testes, qui illum cognoscere & contra eum de furto deponere potuerint, & (4) *quod capere non potuerit furem*, quæ quatuor ab interpretibus copulativè requiruntur; aliàs si unum ex illis deficit; pœna extraordinaria locum habet, quam materiam iterum latius pertractat & Responsis Scabinorum Lipsiensium illustrat Carpzov. *qv. 32. n. 37. ad fin.* Adde locum *Exod. 22. vers. 2. & 3.* Wann ein Dieb ergriffen wird / daß er einbricht und wird drob geschlagen / daß er stirbt / so soll man kein Blutgericht über jenen lassen gehen / ist aber die Sonne über ihn auffgangen / so soll man das Blut-Gerichte gehen lassen.

## DIST. V.

## Inter Furtum *magnum* & *parvum*.

PRopter furtum *magnum*, id est tale, quod valorem quinque aureorum Hungaricorum excedit, pœna suspendii locum habet, non autem propter *parvum*; unde etiam si furtum à pluribus commissum divisione au-

tem

tem rei furtivæ inter fures factâ cujuslibet portio ad valorem quinque Ducatorum non ascendat, pœna suspendii locum non habet, quia furtum singulorum intuitu magnum esse debet *v. Const. Crim. art.159. seqq.* Carpzov. *quæst. 78. n.26. seqq.*

## DIST. VI.

## Inter Furtum *simplex* & *qualificatum.*

PRopter furtum *simplex* primâ vice commissum pœna laquei regulariter dictari non potest, benè tamen propter *qualificatum.* Dicitur autem *qualificatum*, non ut vulgò describunt, das mit Einsteigen und Erbrechen geschicht / sed prout rectè statuit Carpzov. *qv. 79. num 5. & 6. quando effractio fit cum armis, magna adbibita violentia, ex qua facilè seditio oriri posset & unde latrocinium à fure cum telo accedente metuendum*, ein geflissener / gefährlicher Diebstall / id est, ubi ex circumstantiis apparet, delinquentem & furandi & occidendi animum habuisse, quia talibus armis instructus fuit, quæ communiter ad interficiendos homines adhiberi consveverunt, *Art.159. & 160. Const. Crim.* ibi: So ist in dem Diebstall / der mit Waffen geschicht / einer Vorgewaltigung und Verletzung zu besorgen / darumb in diesem fall der Mann mit dem Strang ge-

gestraffet werden soll/ de quo latius videri potest Carpzov. *loc. cit.*

## DIST. VII.

## Inter Furtum *primum* & *tertium*.

OB *primum* pœna laquei non dictitatur, nisi aliud quid concurrat, ex quo singularis malitia furis appareat, *v. art. 160. Const. Crim.* ibi: Und in solchen Fällen/ muß man ansehen/ den Werth des Diebstalls/auch ob der Dieb darob berüchtiget oder betreten sey/ mehr soll ermessen werden der Stand und das Wesen der Person/ so gestohlen hat/ und wie schädlich dem Beschädigten der Diebstall seyn mag/ und Straff darnach an Leib oder Leben/urtheilen/ quam sententiam, quamvis multi dissentiant, per totam tamen Germaniam fere usu & praxi receptam esse testatur Daniel Müller. *ad Const. Elect. 32. n. 8. in fin. part. 4.* Sed ob tertium pœna laquei locum habet modo tria furta simul computata valorem quinque solidorum excedant. In Saxonia tamen per *cit. Const. Elect. 32. Part. 4.* etiam ob primum furtum magnum pœna laquei indistincte dictari solet, v. Carpzov. *qu. 78. n. 68. usque ad 82.*

## DIST. IIX.

## Inter Furtum *rei, usus* & *possessionis*.

RAtione *pœnæ privatæ* conveniunt hæ tres furti species, quemadmodum enim ob

furtum *rei* non manifestum actio furti ad consequendum duplum competit, §.5. *J. de oblig. quæ ex delict. nasc.* ita quoque ob furtum *Usus*, *l.54. pr.* & §.1. *ff. b.t.* nec minus ob furtum *possessionis*, *l.46.* §.1. *seqq. l.79. ff. eod. l.74. ff. de solut.* ubi tamen non res ipsa, sed interesse duplatur. Hactenus ergò distinctio illa usum aliquem apud Romanos ne quidem habuit.

Deprehenditur tamen ille *intuitu pœnæ publicæ*, nam pœna laquei propter furtum *rei* quidem locum habet, non tamen propter furtum *usus* & *possessionis*, de quo iterùm consulendus sæpe citatus Carpzovius *quæst. 85. per tot.*

# LIB. XLVII. TIT. X.
# De injuriis & famosis Libellis.

## DISTINCT. I.
### Inter injuriam *verbalem* & *realem*.

Usus hic est. Ob injuriam *verbalem* actio æstimatoria quia Prætoria est, *intra annum saltem* institui potest à tempore notitiæ computandum, *l.17.* §.6. *ff. de injur. l.5. C. eod.* secus in injuria *reali*, quan.

quando actio illa ex L. Cornelia propterea instituitur, quia quis alterum verberavit, pulsavit, aut domum ejusdem vi introivit, haec enim, quia ex jure civili descendit, *triginta demùm annis* praescribitur, *arg. l. 3. C. de praescript. 30. annor.* quod autem ex L. Cornelia ad aestimationem agi possit, satis liquidè ex *l. 37. §. 1. ff. h. t.* apparet, v. illustr. Dn. Stryk *in tr. de act. forens. invest. sect. 1. membr. 10. §. 49.*

## DIST. II.
## Inter injuriam *scriptam* & *non scriptam.*

Usus in Camera deprehenditur. Quod si enim injuria *scripta* est, illam *perpetuò* vindicari posse statuunt Cameralistae, vid. Gail. *lib. 2. Obs. 108.* si verò *non scripta* est, actio injuriarum *anno* praescribitur.

In Saxonia & *scripta* & *non scripta* injuria anni lapsu extinguitur, Carpzov. *P. 4. C. 46. Def. 1. in fin.* quam sententiam & juri Romano conformem esse asserit illustr. Stryk *loc. cit. §. 48.* quippe quod hoc respectu injuriam alteram ab altera neutiquam distinguit, add. Struv. *S. J. C. Ex. 48. th. 65.*

## DIST. III.

## Inter *injuriam scriptam* & *famosum libellum*, sive *Pasquillum*.

QUoad differentiam theoreticam DD. in eo, ni fallor, conveniunt omnes, quod *famosus libellus* alteri *delictum aliquod, vel factum turpe* imputare debeat; Heigius *P. 2. quæst. 31. num. 16. seqq.* unde, si quis saltem luscus, claudus, spurius, vel, ut addit de suo tempore Carpzovius *prax. crim. qu. 98. num. 51.* novitius, ein Pennal/ vocetur, hoc non pro famoso libello, sed pro injuria scripta habendum est.

Verùm in eo maximum inter Interpretes deprehenditur schisma, quando nempe quæritur: *utrum etiam ad essentiam famosi libelli requiratur, ut autor nomen suum occultet?* Affirmativam tuentur Carpzov. *d. qu. 98. n. 28. seqq.* Schultes *in addit. ad Matth. Coler. Part. 1. Decis. 154. num. 15.* Finckelth. *Obs. 38. per tot.* qui plures allegat. Provocant hi ad *l. 5. §. 9. ff. de injur.* item *ad l. un. C. de famos. libell.* nec non ad *Const. Crim. art. 110.* ibi: So jemand durch Schmähebrieffe/ die er ausbreitet/ und sich nach Ordnung der Rechte mit seinem rechten Tauff- und Zunahmen nicht unterschreibet/ Laster und Ubel zumisset. DD. Saxonici adhuc

ad-

addunt *Conſt. Elect. 44. Part. 4. §.* Ordnen und ſetzen auch.

Negativam propugnant Petrus Heigius *d. p. 2. qu. 31.* Bocerus *de famoſ. libell. cap. 4. n. 7. 8.* Stephani *ad art. 110. Conſt. Crim.* & alii ab hoc citati, qui non minus ac priores ad *l. 5. §. 9. ff. de injur.* præcipuè autem ad *Receſſ. Imp. de A. 1577. tit. 35.* von Buchdrückers Schmähe-Schrifften &c. *verb.* es habe der Autor ſeinen Nahmen darunter geſetzt/oder nicht &c. provocant.

Nobis affirmantium ſententia negativæ præferenda eſſe videtur ex rationibus, quas longo numero ſuppeditat Finckelthauſ. *cit. obſ. 38.*, ubi in ſpecie *num. 17.* monet verba: Es habe der Autor ſeinen Nahmen darunter geſetzt/oder nicht/ non referenda eſſe ad Pasquillos, quippe de quibus demum *in fine d. tit. 35.* agatur, ſed ad libros ad injuriam alterius & contemtum ſcriptos, quod illi imprimi & vendi non debeant, quamvis in iis Autoris nomen adjectum fuerit.

Uſus diſtinctionis huc breviter redit, quod ob *injurias ſcriptas* pœna arbitraria ſaltem dictari ſoleat, ob *famoſum libellum* autem, ſi in eo delictum capitale alicui imputatum fuit, pœna ultimi ſupplicii locum habeat v Stephani *loc. prax. cit.* quamvis nec hoc adeò rigidè hodie obſervari ſoleat. LIB.

# LIB. XLVII. TIT. XI.
# De extraordinariis Criminibus.

## DISTINCT. I.
## Inter Crimina *ordinaria* & *extraordinaria*.

Variæ hîc DD. ſunt opiniones, quænam inter duo illa intercedat differentia. Admodum vero placent, quæ hac de re habet Excell. Thomaſius *in Diſſ. Lipſ. de Abigeatu* §. 8. Publica ſcilicet in ſpecie dicta (ſive *ordinaria*) ea eſſe, in quæ pœna intereſſe Reipubl. reſpiciens *certa aliqua & ſpeciali Lege publicorum judiciorum vel SCto* eſt ſtatuta, quamvis *ipſa pœna non ſemper ſit certa* ob nimis variantes circumſtantias, ut in crimine falſi: è contrario autem *extraordinaria* vocari, *ubi deficit Lex vel SCtum*, pœnam dictans, ſed ejus impoſitio relinquitur arbitrio judieis, quamvis interdum memoretur, *certam quandam pœnarum ſpeciem per Conſtitutiones & Reſponſa Prudentum tali delicto applicatam fuiſſe*, ut in crimine partus abacti, *l. 4. ff. de extr. crim.*

Quid

Quid in effectu interfuerit, de eo agit Ant. Matthæi *de Crimin. in proleg. cap. 4. n. 10.* & Huber. *in Prælect. ff. h. t.* quos Autores excerpsit Dn. Beyer *in Posit. ff. h. t.* Potiora momenta huc recurrunt: Dicunt (1) in criminibus *ordinariis* fuisse *certam formulam* accusandi, non autem in *extraordinariis*.

(2) In *ordinariis quemlibet ex populo* accusare potuisse, non autem in *extraordinariis*.

(3) In *ordinariis* fuisse *certum ordinem judicialem*, (de quo latè Gothofred, *ad l. 8. ff. de publ. judic.*) non autem in *extraordinariis*.

Verumenimverò cum hodiè nec in civilibus, nec in criminalibus, ordinariis aut extraordinariis judiciis, formulas habeamus, (positò etiam, quod olim in ordinariis tales fuerint,) nec porrò hodie quilibet ex populo accuset atque ordo judiciorum publicorum jam in *l. 8. ff. de publ. judic.* abrogatus fuerit; hinc conclusionem facilè fluere existimamus, adlatam distinctionem non habere usum in praxi. Alia huc facientia habet Exc. Thomasius *loc. cit. §. 12. seqq.* & nostram sententiam confirmat Collegium juris Argentoratense *ad ff. h. t. §. 2. in f.*

# LIB. XLVII. TIT. XXIII. De Popularibus actionibus, & LIB. XLIIX. TIT. I. De Publicis Judiciis.

## DISTINCT. I.

### Inter *actiones populares & judicia publica.*

Conveniunt hactenus, *quod quemadmodum in judicio publico quilibet ex populo agere potest, ita quoque in actione populari*; sed differunt *intuitu finis*. Scilicet *in judicio publico* agitur ad pœnam *Fisco* persolvendam, ast verò in *actionibus popularibus* ea pœna *actori* applicatur, v. g. in actione albi corrupti, sepulchri violati, de dejectis vel effusis, si liber homo ex ea dejectione perierit, &c. v. Dn. Thomas. *loc. alleg.* §. 9.

Hodiè cum ex mulctis actoribus nihil omninò relinqui soleat, sed Fiscus in quibuscunque delictorum & actionum generibus omnia ad se rapiat, atque per consequens actiones populares non sint in rerum natura am-

amplius, hinc fere inferre auderem, adlatam distinctionem apud nos usum non habere.

# LIB. XLIIX. TIT. IV.
# Ad L. Juliam Majestatis.

## DISTINCT. I.
## Inter Crimen *Perduellionis* & *læsæ Majestatis in specie.*

CRimen *Perduellionis* vocant, quando aliquid suscipitur à delinquente, *quod salutem ipsius Imperantis & Reip. directò & necessariò destruit,* quò pertinent insidiæ vitæ Principis structæ, rebellio, seditio, tumultus, &c. *v. l. 1 seqq. ff. h. t.* Sed crimen *læsæ Majestatis in specie* dicitur, quando aliquis ex subditis sibi ea propria authoritate adscribit, *quæ ad Regalia minora pertinent & absque speciali concessione possideri nequeunt,* v. g. si quis privatos carceres vel alios actus jurisdictionales exercet: si quis monetam cudit: si quis absque concessione Principis venationem exercet, &c. v. Struv. *S. J. C. Exerc. 49. th. 20. & 21.*

Hæc duo crimina propter pœnæ diversitatem probè separanda. Nam crimen *per-*

*duellionis* punitur capitaliter gladio, vel etiam interdum pro ratione circumstantiarum dissectione in quatuor partes: memoria rei post mortem ejus damnatur, quod fit insignium ruptione, ædium demolitione, aliisque modis: bona confiscantur: filii infamia notantur, *l.5. C. h.t.* scientia etiam & conatus pœna ordinaria punitur, *d.l.5.* Bartol. *ad l.3. ff. h.t.* Bocerus, *de crim. majest. c.2. num.39.* & hoc crimen post mortem delinquentis quoque coërcetur, v. Struv. *d. th.20.* cujus exemplum in Cromvvellio, Protectore quondam Angliæ, habemus, & quantum ad scientiæ pœnam attinet, in Thuano in Gallia propterea pœnæ capitali subjecto, de quo Priolus *de reb. Gall. lib.1.* videri potest.

In crimine *læsæ Majestatis in specie* pœna arbitraria locum habet communiter, vel si etiam ad capitalem devenitur, ut propter crimen falsæ monetæ, confiscatio tamen bonorum & reliqua enormia, de quibus modo dictum, in totum cessant, v. Carpz. *Pr. crim. qu.41. num.123.* quamvis hic Autor duo recensita crimina non adeò accuratè & sollicitè ab invicem distinguat.

# Lib. XLIIX. Tit. V.

# Ad L. Jul. de Adulteriis coercendis.

## DISTINCT. I.

## Inter Adulterium *simplex* & *duplex*.

Adulterium *duplex*, die Oberhurerey/jure Mosaico in utraque persona capitaliter punitur, *Levit.20.v.10.* sed Justinianus fœminas ab hac pœna exemit ejusque loco substituit, ut virgis cæsæ in monasterium detrudantur, ita tamen, ut mariti facultate easdem intra biennium iterum recipiendi pollere debeant, *Nov.134. c.10.* & exinde desumpta *Auth. sed hodiè C.h.t.* ad quam Justiniani Constitutionem se remisit Carolus V. *in Const. Crim. art.120.* ibi; sollen nach Sage unser Vorfahren und unser Keyserlichen Rechten gestrafft werden. De antiquis pœnis latè agit Heigius *p. 2. qu. 29.*

In praxi idem adhuc obtinere, vel, ubi apud Protestantes monasteria non amplius habentur, uxoribus adulteris pœnam fustigationis cum perpetua relegatione dictari solere, asserit Carpzov. *Pr. Crim. qu.53. n.30. seqq.* De plurimis tamen locis contrarium, id est, quod tam intuitu fœminarum, quam

ma-

masculorum pœna capitalis obtineat, testantur Joach. à Beust *de Connubiis p.2.c.18*. Herm. Vultejus *ad* §.7. *J. de publ. judic.* v. Struv. *Ex. 49. th.30.* & Stephani *in not. ad Art. 120. Const. Crim.* in specie de Electoratu Saxoniæ, Palatinatu & Ducatu Hassiæ Heigius *d. qu. 29, n.72.73.* de Electoratu Brandenburgico Brunnem. *Proc. inquis. c.9. n.30.* Unde hîc ad mores cujusvis loci respiciendum. Sanè de jure *Lubecensi* pœna in utroque conjuge adultero *primâ vice* saltem est *60. marcarum Lubecensium*, aut qui tantum in bonis non habet, cippo imponitur: *secundâ vice* simpliciter *cippo imponuntur* adulteri, possunt tamen ejus locô perpetuam relegationem eligere: *tertiâ denique vice* & *cippo imponuntur & deinde relegantur in perpetuum*, v. *Jus Lubec. l. 4. Tit.6. Art.2.* idem apud *Bavaros*, *Tirolenses*, *Argentinenses*, & *Friburgenses* testante Heigio *d. p.2. qu.29. n.75.*

Hæc de pœna adulterii duplicis. In *simplici* subdistinguendum. Aut *solutus concumbit cum uxore aliena*, & tunc jure communi masculus solutus pœna capitali afficitur, uxor vero adultera itidem, ut antea dictum punitur, v. Struv. *Ex. 49. th.30.* Stephani *ad Const. crim. art.120, n.5.* Jure Saxonico autem utrique delinquenti pœna gladii dictitatur,

tatur, Carpzov. *Pr. Crim. qu.54. num.27. seqq.* quód & in nonnullis aliis locis observari ex Beustio tradit Struv. *loc. alleg.*

Aut verò *maritus cum soluta concumbit*, & tunc jure communi marito pœna relegationis & fustigationis; fœminæ solutæ autem relegationis temporalis, vel carceris etiam dictatur, Struv. *loc. cit.* jure Saxonico Electorali maritus capite plectitur & fœmina solutæ virgis cæsa in perpetuum relegatur, Carpzov. *qu.53. num.36. seqq. & qu.54. n.37. seqq.* ubi *num.43. seqq.* hanc pœnam etiam in Comitatu Schvvartzburgensi & Hennebergensi, nec non in ditionibus Baronum à Schön-burg receptam esse testatur.

In Electoratu Saxoniæ in eo etiam adlatæ distinctionis usus adparet, quod *remissio conjugum in simplici quidem adulterio* locum habeat, non autem in *duplici*; extra Electoratum autem hæc differentia cessat, & in utraque adulterii specie propter conjugis innocentis intercessionem mitior pœna dictari solet, Id. *quæst.55. num.109. seqq.*

DIST. II.

## Inter *stuprum* & *fornicationem.*

Stuprum cum fœmina (virgine vel vidua) *honestè vivente* committitur, *fornicatio* autē cum tali, quæ *passim se prostituit*, v. §.4. J. *de publ.*

*publ. jud. l. 43. pr. §. 1. seqq. ff. de rit. nupt.* & cui adeò nomen *meretricis* tribuitur in Legibus.

Hæc duo neutiquam sunt confundenda, cum alia longè in effectu fornicationis quàm stupri sit ratio. Scilicet propter *Stuprum* commissum stuprator eò adstringitur, ut vel in matrimonium ducat personam stupratam, vel eandem dotet; at in *fornicatione* & si quis cum meretrice concubuit hæc prorsus cessant, Carpzov. *qu. 68. per tot. in specie n. 76. seqq.* ubi tamen *n. 118.* notat, *ratione alimentorum infanti præstandorum* nihil interesse, utrum quis cum persona honesta, an verò cum meretrice concubuerit.

Ratione *pœnæ publicæ* hoc discriminis intercedit inter stuprum & fornicationem, quod propter *stuprum* tàm masculo, quàm fœminæ pœna carceris, (vel etiam pecuniaria in plerisque locis) dictari soleat, quod eodem modo in *fornicatione* quoad masculum obtinet, ast meretrici, *si clam exercuit artes suas*, plerumque pœna carceris, aut alia arbitraria; *si palam*, pœna relegationis dictatur, v. Id. *qu. 99. & 70.*

Filia *stuprum passa* propterea nondum potest exheredari, benè tamen si *meretricio more* vivere incipiat ante annum 20, *v. Nov. 115. c. 3. §. 11. ibique Gothofred. in not.* Wesenb.

*in*

*in parat. ff. de lib. & posth. hered. inst. n. 5.* Carpzov. *qu. 69. n. 65. seqq.* Ineptum verò est, quod dicit glossa *in c. vidua. dist. 34. verb. multorum, meretricem eam demùm esse, quæ plures admiserit, quàm 23000. homines.*

Liberi ex *stupro* procreati vocantur *naturales* & legitimari possunt; qui autem *ex fornicatione, spurii* appellantur & legitimari nequeunt, nisi accedat dispensatio Principis. Ita de jure Romano, sed hodiè etiam spurios legitimari æquè ut naturales, tradunt DD. v. Struv. *Ex. 3. th. 471.* Stephani *ad l. Nov. 118. n. 32.*

*Meretrix* à vicinis ex vicinia expelli potest, Menoch. *l. 2. A. Q. cas. 78. n. 11. & cas. 228. n. 24.* Brunneman. *ad l. 1. §. 2. C. de S. Trinit.* Dion. Gothofr. *ad l. 4. C. de spectac. & scen. & Lenon.* non autem persona *stuprum passa.* De jure communi in *meretricem* non committitur stuprum violentum, benè tamen in defloratam; quod tamen de jure Saxonico non attenditur, Carpzov. *qu. 75. n. 12. seqq.*

## DIST. III.

## Inter Stuprum *violentum* & *voluntarium.*

PRius gladiô punitur in masculo, *posterius* pœna arbitraria, prout ad *Dist. præced.* dictum. In *voluntario* etiam persona deflo-

rata punitur, prout ibidem ad *Dist. eand.* dictum; sed in *violento* non nisi coronam virginitatis, den Jungfrauen Crantz/ tanquam signum corporalis virginitatis amplius gestare non debeat, v. Carpzov. *qu. 75.* quamvis hodiè hoc signum apud plerasque virgines in desvetudinem abierit.

### DIST. IV.

### Inter Sodomiam *cum hominibus* & cum *bestiis* commissam.

JUre Carolino nulla est differentia, utrumque enim delictum pœnâ ignis coercetur, *Const. Crim. art. 116.* Ast jure Saxonico, in *priori* casu pœna gladii saltem obtinet, Carpzov. *qu. 76. n. 15.*

## LIB. XLIIX. TIT. VI. & VII. Ad L. Jul. de vi publica & privata.

### DISTINCT. I.

### Inter vim *publicam & privatam.*

PUblica ita vocatur, vel ratione *personæ inferentis*: vel ratione *patientis*: vel *modi*: vel *loci*; *privata* autem, ubi omnes ejusmodi circumstantiæ desunt, v. Lauterbach. *Comp. jur. h. tit.*

Utrius-

Utriusq; pœna est arbitraria, carceris, relegationis, &c. ita tamen, ut propter vim publicam ea communiter exasperari soleat, sic v.g. illi, qui in loco publico aliquem percussit, vel itinera obsidet, (Germani vocant die Wortwegelagerung) manus amputari solet, atque in aliis casibus sæpe fustigatio cum perpetua relegatione dictari consvevit, de quo fusè agit Carpzov. *quæst. 40.*

## DIST. II.

## Inter *vim publicam* & *crimen fractæ pacis publicæ.*

De *priori* modò dictum. *Posterius* autem bannô Imperiali coërcetur & si deprehenditur bannitus, pœna gladii afficitur, *v. Const. Crim. art. 128. & 129. ibique Stephani in Comment.* Ad crimen fractæ pacis publicæ autem requiritur præcipuè (1) ut fiat *cum armis* & (2) *coadunatis hominibus*, ita ut speciem belli alicujus privati præ se ferat. Numerus personarum tamen non est determinatus, sed quemadmodum in justis bellis exercitus interdum major est, interdum minor: Ita hic quoque interdum plures, interdum pauciores socii adhibentur, v. Carpzov. qu. 53.

# LIB. XLIIX. TIT. IIX.
# Ad L. Corneliam de Sicariis.

## DISTINCT. I.
## Inter Homicidium *dolosum*, *culposum* & *casuale*.

D*Olosum* pœna gladii coercetur: *Culposum* pœna extraordinaria, fustigationis, vel relegationis, pro gradu admissæ culpæ: *Casuale* planè non punitur, Carpz. *qu.1. & 27.* Brunnem. *Proc. inquis. cap. 9. num. 54. seqq.*

## DIST. II.
## Inter Homicidium *simplex* & *qualificatum*.

S*Implex*, quod in rixa *subitò oriente* committitur, pœna gladii punitur, ut modò dictum; sed in *qualificato* pœna exasperatur. Idque vel ideò, *quia duplex vinculum violatum*, ut in crimine parricidii, ubi pœna culei: vel *quia aliud delictum concurrit*, ut in Latrocinio animus occidendi & lucrifaciendi, ubi pœna rotæ: vel *quia longa præcessit delibera-*

*beratio & insidiæ*, ex quibus major malitia colligitur, ut in crimine veneficii & assassinii, ubi itidem pœna rotæ locum invenit, v. Carpzov. *qu. 8. 19. 22. &c.*

# Lib. XLIIX Tit. IX.
# De L. Pompeja de Parricidis.

## DISTINCT. I.
## Inter Parricidium *proprium & improprium*.

P*Roprium*, quod in linea recta ab ascendentibus committitur, pœna culei coercetur, sive suffocatione in aquis, ubi juxta *l. un. C. de his, qui parent. canis, gallus gallinaceus, vipera & simia* culeo simul includuntur. Hodiè extra Saxoniam hæc animalia ubique fere omittuntur, v. Brunneman. *Proc. inquis. c. 9. n. 70.* In Saxonia tamen peculiari sacculo includuntur, locô simiæ felis substituitur, & si vivus serpens haberi nequeat, pictus adhibetur, culeus etiam non amplius ex corio, ut olim, sed ex linteo conficitur, Carpzov. *qu. 8. n. 19. seqq.*

Si aqua publica deficiat in Saxonia rota substituitur, id. *loc. cit. n. 22.* extra Saxoniam gladius, Brunneman. *d. cap. 9. n. 79.*

*Improprium* vocant, quod committitur proximos collaterales usque ad quartum gradum, item proximos affines, conjuges & benefactores, v. g. Patronos, occidendo. Pœna hîc saltem ea est, quæ in homicidio aliàs locum invenit, gladii scilicet, nisi quod in crimine uxoricidii & mariticidii in Saxonia pœnam culei usitatam esse testatur Carpzov. *quæst. 12.* Extra Saxoniam pœnam gladii obtinere dicit Brunneman. *d. c. 9. n. 73.* nisi delictum sit diu coctum & deliberatum, ubi pœnam rotæ dictari solere asserit.

In *art. 137. Const. Crim.* additur quidem, quod in hoc parricidio improprio Reus ferro candenti sit adurendus, vel trahæ alligatus ad supplicium rapiendus & cadaver rotæ imponendum; sed hoc in praxi non observari, nisi forsan singulares insidiæ præcesserint, aut sit parricidium proprium, testatur illustr. Stryk *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. ferro candenti*, add. Brunneman. *d. c. 9. num. 70.*

LIB.

Digitized by Google

# LIB. XLIIX. TIT. XVI.
# Ad SCtum Turpilianum & de abolitionibus criminum.

## DISTINCT. I.
## Inter *Calumniatores, Prævaricatores* & *Tergiversatores*.

CAlumniator hic dicitur, qui dolò malo alterum innocentem de crimine accusat, *l.1. §.ff. h.t. Prævaricator*, qui vera crimina abscondit, seu eas probationes dolosè omittit, quibus convincere potuisset accusatum. *Tergiversator*, qui à cœpta semel accusatione planè iterum desistit, ab accusato ad hoc inductus, *d. l.1. §.1. h.t. l.6. pr. ff. eod.*

*Calumniatoribus* olim ex Lege Remmia litera K in fronte inurebatur, Gothofred *ad l.1. §.2. h.t.* neque enim tunc calumnia, sed Kalumnia scribebant; jure Codicis hæc inustio abrogata fuit, licet ex erronea causa, inque ejus locum pœna talionis substituta, *l.17. C. de pœn. l. fin. C. de accusat.*

*Prævaricatores* itidem eidem pœnæ subjici-

jiciuntur, quâ afficiendus fuiſſet accuſatus, ſi per prævaricationem pœnam non evaſiſſet, *l.6.ff.de prævaricat.*

*Tergiverſatores*, ſi abolitionem non impetrarunt, quinque libris auri puniuntur, *l.3. §.3. ff. de prævaricat.* & accuſare amplius non poſſunt, *l.2. ff. h.t.*

Vides, diſtinctionem præſentem exinde originem ſuam habere, quod apud Romanos in criminibus publicis quilibet ex populo accuſationem inſtituerit; unde cum apud nos illæ accuſationes fieri non ſoleant, dictam diſtinctionem utilitatem aliquam in praxi non præſtare, aſſerere nullus dubito.

Sunt quidem apud nos adhuc in uſu *Calumniatorum* & *Prævaricatorum* vocabula, ſed non in eo ſignificatu, quem modò adduximus. *Tergiverſatorum* nomen verò hodiè planè non auditur. Scilicet illi quoque vocantur *Calumniatores*, qui vel *repugnante conſcientia litigant*, unde juramentum calumniæ deferri ſolet, vel *qui ob calumnioſam litem* (civilem) *pecuniam acceperunt*, de quibus agitur ſub *tit. de Calumniatoribus*, v. Brunneman. *Rep. Parat. tit.de Calumniator. qu.3.* Per *Prævaricatores* autem eos Advocatos, vel Procuratores hodie intelligimus, qui

cum

cum parte adversa colludunt & secreta causæ revelant, v. Lauterbach. *ad tit. de prævaricat.* sed, prout dixi, illi significatus non sunt hujus loci.

## DIST. II.
## Inter Abolitionem *generalem* & *specialem*.

G*Eneralis* sive *publica* fiebat apud Romanos non per Judicem, sed ex Legis dispositione, ut scilicet feriis, e.g. Paschalibus, post motam ab aliquo accusationem supervenientibus, dicta accusatio suspenderetur & feriis finitis in arbitrio accusatoris esset, utrum in accusando pergere velit, annon. Idem obtinebat ob supervenientem alium diem insignem, vel publicam gratulationem, v. g. ob natalem filii Principis, vel ob rem prospere gestam, &c. *v. l. 3. C. de episcop. aud. l. 8. 9. & 12. ff. h. t.* & omnino Gothofred. *ad d. l. 12. ff. h. t.* Et hic accusator desistens, quamvis justam desistendi causam probare non posset, in pœnam SC. Turpiliani in Tergiversatores statutam (*v. Dist. praeced.*) non incidebat.

E contrario abolitio *specialis* sive *privata* à Judice, coràm quo accusatio mota erat, impetrabatur, sed hic ad evitandam pœnã SCti

justa

justa causa probanda erat, pro qua reputabatur, si quis per errorem, temeritatem, simplicitatem vel calorem, dum suam suorumque injuriam vindicare intendebat, ad accusationem se prosiluisse dicebat, *l.2. C.de abolit. l.5. & 6. C. ad SCt. Turp.* & fiebat tunc abolitio inscio etiam accusato. Exceptio erat, si vel carceres, vel tormenta, vel verbera, vel catenas jam sustinuerat, tunc enim ipsius quoque consensus accedere debebat, *l.3. C.de abolit.*

Vides iterum, distinctionis usum intuitu eorum, *qui in publicis judiciis alios accusant*, se unicè exserere, at verò notum est, tales accusatores apud nos vel planè non dari, vel admodum raros ad minimum esse, unde pronô alveo etiam profluit, distinctionem hodie in praxi nullius vel exiguæ esse utilitatis. Equidem vocabulum *abolitionis* haud rarò adhuc hodie auditur, quando scilicet Inquisiti pro cassatione processûs inquisitorii adversus ipsos moti Principi supplicare solent; sed prout quilibet videt, hæc abolitio (quæ oblata certa pecuniæ quantitate fieri solet) toto cœlo ab abolitione Romanorum differt, & est potius aggratiatio, quam abolitio. Scilicet apud Romanos abolitionem petebat *accusator*, hodie autem

*accu-*

*accusatus*, sive potius *inquisitus*, conf. Struv. *Ex. 49. th. 89.*

# Lib. XLIIX. Tit. XIX.
# De Pœnis.

## DIST. I.
## Inter Pœnam *conventionalem* & *legalem*.

C*Onventionalis*, (quò referò den Reukauff/ item pœnam dupli propter evictionem Romanis usitatam) etiam *ab heredibus exigi potest*, *l. 47. ff. de art. emt.* quod in pœna *legali* secus se habet.

## DIST. III.
## Inter pœnam *civilem* & *criminalem*.

USus hic est, quod pœnam *criminalem*, quæ ad publicam satisfactionem pertinet, Judex *ex officio imponere possit*, quamvis nullus actor existat; hoc aliter se habet in pœna *civili*, v.g. in æstimatione injuriarum, pœna dupli, quadrupli &c. apud Romanos usitata, hujus enim intuitu officium Judicis mercenarium est.

NB. In Saxonia etiam *civiles* pœnæ vo-

cantur nonnullæ, licet ad publicum interesse tendant, quarum præcipuè hæ tres sunt: *pœna pecuniaria*, *carcer* & *relegatio*, qui significatus adeò cum priori illo, qui juris civilis est, confundi non debet, quia has pœnas Judex etiam ex officio nobili infligere potest, v. Carpzov. *prax. crim. qu.130*. Sed manet tamen & apud Saxones usus distinctionis eò casu. Scilicet si Reo pœna ejusmodi *civilis* infligitur, tunc ille expensas inquisitionis restituere tenetur, non verò, si ipsi pœna *criminalis* dictitatur, Carpzov. *Pr. crim. qu.38*. Sed extra Saxoniam utroque casu meritò reus ad refusionem expensarum adstringitur, prout rectè monet Brunnem. *Proc. inquis. c.9. n.3*.

## DIST. III.

## Inter pœnam *capitalem & non capitalem*.

Pœna *capitalis* in jure civili vocatur, quæ vel naturalem, vel civilem vitam, v. g. libertatem aut civitatem, reo condemnato adimit, §.*1. J. de publ. jud.* Verum jure Saxonico amissio vitæ civilis non attenditur, sed illa saltem pro capitali pœna reputatur, quæ vita naturali accusatum privat, Carpzov. *Pr.*

*crim.*

*crim. qu.129. n.1.2.3.* Unde de jure civili fustigatio primum locum inter pœnas *non capitales* occupat, sed de jure Saxonico etiam condemnatio ad opus publicum huc pertinet, Id. *d.l.n.13.* v. Lauterbach *h.tit.*

Usus in eo quæri potest. Magistratus inferior merum imperium habens pœnas *non capitales*, v.g. fustigationem, relegationem, &c. remittere & in mitiores, v.g. mulctam, convertere valet; at in *capitalibus* ne minimum quidem ipsi hac parte arbitrium relictum est, sed hic unice ad Principem confugere & ejusdem gratiam implorare oportet, Carpzov. *qu.150.*

## LIB. XLIIX. TIT. XXII.

# De Sententiam passis & restitutis.

### DISTINCT. I.

### Inter Restitutionem *justitiæ & gratiæ.*

HÆc distinctio cum usibus suis jam suprà *lib.*4. *tit.I.* explicata est. In præsenti hoc saltem addimus, quod

quod quando Princeps pœnam ſolummodò remittit, condemnatum autem in priſtina jura, dignitates & honores non reſtituit, ea reſtitutio tunc *minus plena* vocari ſoleat; quod ſi verò hæc omnia recipit Reus, *plena* nomen conſequitur, v. Lauterbach *Comp. jur. h. t.* Plena in dubio non præſumitur, ſed minus plena ſaltem.

## LIB. XLIX. TIT. I.

# De Appellationibus & Relationibus.

### DISTINCT. I.

### Inter Apoſtolos *dimiſſorios*, *reverentiales*, *refutatorios*, *teſtimoniales & conventionales*.

T*Eſtimoniales* à Notario dantur, quando coram ipſo & Teſtibus appellatio ritè eſt interpoſita, & hi, prout res ipſa monſtrat, *intra decendium* petuntur, quia appellatio intra decendium coram Notario interponi debet. Hi ubique ſunt in uſu.

*Con-*

*Conventionales* Pars parti dat & in alterius appellationem se consentire declarat. Hi apud nos plane in desuetudinem abierunt.

*Dimissorii* sunt, quando Judex à quo injustitiam sententiæ (à Judice extraneo forsan conceptæ) ipse agnoscit, & sic *appellationem justam esse persuasus est.*

*Refutatorii* è contrario, quando *appellationem injustam esse credit* & proinde argumenta, quæ forsan appellans adducit, vel adducere potest, breviter refutat.

Tandem verò *Reverentiales*, quando *de justitia appellationis dubitat*, v. Brunnem. *Proc. Civ. c. 28. n. 57.* Hæ tres species posteriores intra 30. dies à die publicationis Sententiæ computandos peti debent, *l. un. ff. de libell. dimiss.* Omnes sunt in usu. Comparativè tamen refutatorii & reverentiales frequentius adhibentur, quam dimissorii.

## DIST. II.

## Inter *interpositionem, introductionem* & *justificationem* appellationum.

INterpositio appellationis intra *decem dies coram Judice inferiore* fieri debet, atque

hoc fatale nec Judicis decreto, nec partium conventione prorogari poteſt, *v. ſupra tit. de feriis Diſt. V.*

*Introductio* expeditur *coram Judice ſuperiore* per oblationem Apoſtolorum, petitionem citationis adverſæ partis, compulſorialium & inhibitorialium, quod intra *ſex menſes* fieri debet, *Ordin. Camer. p. 2. tit. 30. §.* Würde aber &c. ſed tamen hoc fatale prorogationem admittit. In Tribunali Wismarienſi terminus eſt trium menſium, Brunnem. *Proc. Civ. c. 28. n. 67.* In Saxonia unius, Fibig. *in Proceſſ. c. 2. §. 21. n. 4. ibique Swendendörffer in not.* alibi aliter.

*Juſtificatio* fit coram Judice ſuperiore per oblationem gravaminum eorumque deductionem & probationem. Hæc olim intra *annum*, & ad ſummum intra *biennium* fieri debebat, *v. l. f. §. f. C. de temp. appellat.* Brunneman. *l. c. n. 89.* ſed hodie ubique, & in Camera, & in Provinciis Statuum, lites & inter eas in ſpecie appellationes, ſemper ſpirant & non exſpirant.

LIB.

## LIB. XLIX. TIT. XV.

# De Captivis & postliminio & redemtis ab hostibus.

### DISTINCT. I.

### Inter Fictionem *L. Corneliæ & Juris postliminii.*

CIvis Romanus per adversam fortunam in captivitatem detrusus, vel *moriebatur apud hostes*, vel *ex captivitate feliciter redibat. Priori* casu locum habebat fictio *L. Corneliæ*, qua fingebatur, *captivum eo statim momento, quo capiebatur, mortuum fuisse, l. 12. ff. qui testam. fac. poss. posteriori* ad fictionem juris postliminii recurrebant, *quasi scilicet captivus reversus nunquam in captivitate fuisset*, §. 5. *J. quib. mod. jus patr. pot. solv.* undeq omnia jura postliminio iterum restituebantur, excepta possessione, quæ de novo apprehendi debebat, *l. 23. §. 1. ff. de acqu. poss.*

Vides, duas hasce fictiones ex eo fundamento apud Romanos introductas fuisse, quia servitus apud illos ex captivitate oriebatur

batur unde cum hodie contrarium DD. unô ore asserant, dictis fictionibus non amplius indigemus.

# LIB. L. TIT. I.

# Ad Muncipalem & de Incolis.

## DIST. I.

## Inter *Cives, incolas & forenses.*

*Cives* dicuntur, qui & domicilium suum in aliqua civitate constituerunt & jus civitatis acquisiverunt.

*Incolæ*, qui itidem quidem domicilium suum in civitate constituerunt, sed tamen jus civitatis non acquisiverunt.

*Forenses*, qui nec domicilium in Civitate habent nec in numerum Civium recepti fuerunt, sed tamen bona ibi possident immobilia, v. Mev. *ad jus Lubec. qu. 4. n. 1. & 2.*

Usus in eo consistit. *Cives* & communionem commerciorum & connubiorum & omnium emolumentorum habent *& ad suffragia atque bonores in Civitate admittuntur*, quemadmodum etiam onera realia & perſona-

ſonalia ferre tenentur. *Incolæ* pariter talia onera ferre debent, habent quoque communionem commerciorum & connubiorum, ſed *ad ſuffragia & ad honores non admittuntur*, v. *l. 29. ff. h. t.* cui non obſtat *l. 3. C. de incol.* quia ibi vocabulum *munerum* de muneribus cum dignitate conjunctis intelligendum, illuſtr. Stryk. *in not. ad Lauterb. h. t. verb. obſc. 3. Forenſes* denique quamvis hodie, ubi differentia inter peregrinos & Cives ceſſat, jus commerciorum regulariter quoque habeant, (niſi mores quorundam locorum obſtent) *ad munera perſonalia tamen non tenentur.* Imò, nec ad omnia realia, niſi quatenus illa ſunt ordinaria, vel ad conſervationem rerum in Civitate ſitarum pertinent. Quod ſi ergò v. g. hoſtis aliquis civitati exitium minitetur, niſi certam pecuniæ ſummam dederit, tunc forenſis, qui nullas ædes ibi poſſidet, ad contributionem non tenetur. Aliud verò, ſi ædes ibi habeat, aut hoſtis fructus agrorum devaſtare velit, v. Ziegler *de jur. majeſt. l. 2. c. 2. §. 68.*

Quæritur, *quemnam Statuta obligent?* De *Civibus* quidem nullum adeſt dubium, ſive in rem, ſive in perſonam ſint concepta. I-

dem

dem de *incolis*, nisi hi per speciale privilegium exemti sint, ut Clerici, Professores, Aulici, &c. tunc enim ea, quæ in personam concipiuntur, illos non stringunt. At verò *Forenses* nulla obligant, nisi quæ in rem ibi sitam concipiuntur, de qua materia fusius agit Mevius *ad jus Lub. quæst. prælim. 4.*

## LIB. L. TIT. IV.

# De Muneribus & honoribus.

### DIST. I.

### Inter Munera *personalia*, *realia*, seu *patrimonialia* & *mixta*.

Usus ex iis, quæ ad *Dist. præc.* diximus, statim apparet, quoniam scilicet cives & incolæ ad quæcunque munera tenentur, sive sint patrimonialia, sive personalia; forenses autem non nisi ad patrimonialia pro rebus in illa civitate sitis. De mixtis idem dicendum esse puto, quod de personalibus, quia aliquid personale admixtum habent, quod nempe forenses ad illa subeunda non adstringantur. Mixto-

rum

rum exemplum habetur in *l. 18. §. 26. & 27. ff. h. t.* de *decaprotis* & *isocaprotis*, qui non solum tributa & annonam exigentes corporale ministerium præstant, sed & pro omnibus defunctorum fiscalia detrimenta resarciunt, vel annonam exigentes desertorum prædiorum damna sustinent.

## DIST. II.

## Inter munus personale *privatum & publicum.*

P*Rivatum* vocat Lauterbach, quod principaliter ad privatorum utilitatem spectat, v.g. tutela, quamvis hæc alio respectu etiam ad officia publica referri soleat, quia scilicet publica autoritate injungitur. *Publicum* autem hoc loco est, quod principaliter ob publicam utilitatem imponitur, v. g. officium Consiliarii, Secretarii, &c.

Usus in eo constitui posset, quod munus *privatum* nullam tribuat prærogativam aut præcedentiæ jus, benè tamen *publicum*. Item, quod *publicum* regulariter salarium annexum habere soleat, non autem *privatum*, & quod *publicum* regulariter conferatur ab ipso Principe, *privatum* autem à quolibet Magistratu inferiore, &c.

DIST.

## DIST. III.

## Inter munus personale *honoratum & inhonoratum.*

AD *honorata* in multis locis non alii, nisi indigenæ admittuntur, ad *inhonorata* autem extranei quicunque. *Ea* tribuunt prærogativam, non autem *hæc.* Illi, qui jam in officio honorato constitutus, adhuc aliud *honoratum* imponi potest, non autem *inhonoratum.* In *honoratis* conferendis gradatim est procredendum, quod ad *inhonorata* applicari non potest.

## DIST. IV.

## Inter munus reale *ordinarium & extraordinarium.*

QVando Princeps alicui immunitatem concessit, tunc illa concessio de *ordinariis* saltem intelligenda est, non autem de *extraordinariis,* quæ ob summam necessitatem & publicam utilitatem imponuntur, quod ex DD. fusè ostendimus in *pecul. disp. de Immunitate non excusante.*

# LIB. L. TIT. XI.

# De Nundinis.

## DISTINCT. I.

## Inter Nundinas *hebdomadales*, *annales & solennes*, Wochenmärckte/ Jahrmärckte und Meßen.

H*Ebdomadales cujusvis loci Magistratus* sine speciali Principis concessione constituere potest, & in illis *nulla privilegia vendentibus competunt*. *Annales* autem quilibet *Status Imperii* in suo territorio instituit & iis quoque *absque confirmatione Imperatoris* Privilegia eadem concedere potest, quæ solennes habent, sed hæc effectum suum *in illo saltem territorio*, quod tali Statui subjectum est, consequuntur, non autem in territoriis Statuum vicinorum. *Solennes* etiam à Statibus instituuntur, sed *accedente Imperatoris confirmatione*, & tunc mercatoribus & in accessu & in recessu plena securitas *per totum Imperium* competit, v. pluribus Schvveder *introd. in jus publ. part. spec. Sect. 1. Cap. 17. §. 13. usque ad 18.*

# LIB. L. TIT. XIII.

# De extraordinariis cognitionibus, si Judex litem suam fecisse dicatur.

## DIST. I.

**Inter Sententiam contra *jus constitutionis* & *partis* latam.**

De hac distinctione jam egimus suprà *ad tit. de rejudicat. Dist. III.* quò nos referimus.

*FINIS.*

Google

a _ 005649474
b _ 005649475
c _ 005649476

Digitized by Google